Generalkonsens an Minderjährige

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen juristischen Fakultät

der

Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von

Ewald Schwarz

Gerichtsreferendar aus Stuttgart

Druck von Friedrich Find in Plieningen-Stuttgart. 1931.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Referent: Prof. Dr. Stoll, Tübingen.

Meinen Eltern
in Dankbarkeit zugeeignet!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41550003_0070

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1 **Einleitung.** 10

Die Stellung der Literatur zu der Frage des Generalkonsenses . . . . . .

§ 2 Die Anhänger des Generalkonsenses 11

§ 3 Die Gegner des Generalkonsenses 14

Kritik und eigene Auffassung.

§ 4 Abgrenzung zwischen Spezial- und Generalkonsens . 17

§ 5 Die Zulässigkeit des Generalkonsenses nach dem BGB 19

§ 6 Die Bedeutung und die Konstruktion des § 110 BGB 44

§ 7 Einzelne Streitfragen bezüglich des § 110 BGB . .

A. Die zur Ueberlassung von Mitteln an Minderjährige berechtigten Personen 52

B. Die Objekte der Ueberlassung 54

C. Die Erstreckung des Verfügungsrechts auf Ersatzstücke in § 110 BGB. 57

D. Die teilweise Erfüllung des vom Minderjährigen abgeschlossenen obligatorischen Vertrags mit überlassenen Mitteln 58

§ 8 Zusammenfassung und kurzer Vergleich mit dem ausländischen Recht 60

Literatur-Angabe.

Bauerband, Institutionen des französischen Zivilrechts 1873.
Biermann, Bürgerliches Recht Bd. I 1908.
v. Blume, Zustimmung kraft Rechtsbeteiligung und Zustimmung kraft Aufsichtsrechts in Dogm. Jahrb. 48 S. 417 ff.
Boethke, Zu § 110 BGB in DJZ 1903 S. 450.
Breit, Die Geschäftsfähigkeit Bd. I 1903.
Breit, Zur Lehre von der vormundschaftlichen Genehmigung im Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat 1904 S. 389 ff., 473 ff.
Breme, Surrogationsprinzip für § 110 BGB im „Recht" 16 S. 436 ff.
Conta, Die Verpflichtungsfähigkeit Minderjähriger gegenüber Schuldverträgen Diss. Göttingen 1891.
Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts Bd. I 1927.
Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts Bd. I 1900.
Crome, Allgemeiner Teil der französischen Privatrechtswissenschaft 1892.
Curti-Forrer, Schweizerisches Zivilgesetzbuch 1911.
Curtius, Die Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 58.
Dernburg, Das bürgerliche Recht Bd. I 1906
Dernburg, Lehrbuch des Preussischen Privatrechts Bd. I 1884.
Dernburg, Pandekten 1902.
Dillmann, Die Handlungsfähigkeit der Minderjährigen Diss. München 1905.
Eccius, Preussisches Privatrecht Bd. I 1892.
Eck, Vorträge über das Recht des BGB Bd. I 1903.
Eckart, Ueber die Geschäftsfähigkeit Minderjähriger Diss. Berlin 1908.
Egger, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch Bd. I 1930.
Ehrenzweig, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts Bd. I 1925.
Ehrlich, Die Tatsachen des Gewohnheitsrechts 1906.
Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts Bd. I 1903.
Enneccerus-Nipperdey, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts Bd. I 1931.
Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch 10. Auflage.
Gareis, Allgemeiner Teil des BGB 1900.
v. Gierke, Deutsches Privatrecht Bd. I 1895.
Glück, Kommentar 1828.
Goldmann-Lilienthal, Das bürgerliche Gesetzbuch Bd. I 1903
Grzebinasch, Die Ueberlassung freier Mittel an Minderjährige (BGB § 110).
Hachenburg, Bürgerliches Gesetzbuch, Vorträge 1900.
Haidlen, Bürgerliches Gesetzbuch Bd. I 1897.

v. Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 112 S. 1 ff.
Heinsheimer, Die Zivilgesetze der Gegenwart Bd. I Frankreich 1928.
Heinzerling, Handlungsfähigkeit der Minderjährigen nach gemeinem Recht 1895.
Heinzerling, Handlungsfähigkeit der minderjährigen Gewerbetreibenden in geschichtlicher Entwicklung bis zur Gegenwart im Archiv für praktische Rechtswissenschaft III. Folge Bd. V S. 116 ff.
Hölder, Kommentar zum BGB Bd. I 1900.
Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts Bd. I 1928.
Janke, Vertrag des Minderjährigen Diss. Greifswald 1901.
Jhering, Kritisches und Exegetisches Allerlei in Dogm. Jahrb. XII S. 367 ff.
Isay, Die Willenserklärung im Tatbestand des Rechtsgeschäfts 1899.
Kipp, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts Bd. IV Familienrecht 1926.
Kirchstetter, Kommentar zum österreichischen allgemeinen BGB 1876.
Kistemaker, Die Geschäftsfähigkeit der Minderjährigen Diss. Erlangen 1920.
Kohler, Bürgerliches Recht Bd. I 1906.
Kraut, Die Vormundschaft Bd. II 1857.
Kuhlenbeck, Das bürgerliche Gesetzbuch Bd. I 1903.
Lehmann, Allgemeiner Teil des BGB 1928.
Lenel, Stellvertretung und Vollmacht in Dogm. Jahrb. 36 S. 14.
Lotmar, Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des deutschen Reiches. Bd. I und II 1902—1908.
Löwenwarter, Lehrkommentar zum BGB Bd. I 1926.
Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft 1907.
Marezoll, „Inwieweit kann nach römischem Recht ein Minderjähriger, welcher einen bleibenden Curator erhalten hat, sich ohne den Konsens seines Curators durch Verträge klagbar verpflichten" in Lindes Zeitschrift für Zivilrecht und Prozess Bd. II 1829.
Marwitz, Der Bühnenengagementvertrag 1902.
Matthias, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts Bd. I 1899.
Mayr, Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch 1931.
Motive, Zu dem Entwurfe eines BGB für das deutsche Reich 1888.
Neumann, Handausgabe des BGB Bd. I 1905.
Pfaff, Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch 1911.
Pfäfflin, Abgeleitete Geschäftsfähigkeit Minderjähriger auf Grund der §§ 112, 113 BGB in Gruchots Beiträgen Bd. 48, 1904.
Philipsborn, Begriff und Anwendungsform der Rückwirkung in Gruchots Beiträgen Bd. 64 S. 10 ff.
Planck, Kommentar zum BGB Bd. I 1913.
Protokolle, der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs eines BGB 1897.
Regelsberger, Pandekten Bd. I 1893.
Rehbein, Bürgerliches Gesetzbuch Bd. I 1899.
Riezler, Die freie Verfügungsmacht des Minderjährigen und das Surrogationsprinzip in DJZ 1903 S. 566 ff.
Riezler, In Staudinger's Kommentar Bd. I 1925.
Romeick, Zur Technik des BGB in Württ. Jahrb. 12 S. 128 und 148.

Rosenberg, Stellvertretung im Prozess 1908.
Rosenhain, Die Einwilligung zu Rechtsgeschäften Minderjähriger Diss. Königsberg 1919.
Rudorff, Das Recht der Vormundschaft Bd. I—III 1832—34.
v. Rümelin, Gesetz, Rechtsprechung und Volksbetätigung auf dem Gebiete des Privatrechts im Archiv für die zivilistische Praxis N.F. Bd. II S. 265 ff.
v. Rümelin, Die bindende Kraft des Gewohnheitsrechts 1929.
Savigny, Schutz des Minderjährigen in „Vermischte Schriften" Bd. 1 1850.
Schellwien, Der Versicherungsvertrag des Minderjährigen in Zeitschrift für Versicherungswissenschaft 08/29.
Schey, Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch 1926.
Schreiber, Schuld- und Haftung Bd. I 1904
Schröder, Zustimmung, Konstruktion uud Verfügungscharakter Diss. Rostock 1927.
Schwenk, Die Bedeutung des Arbeitsverhältnisses für das bürgerliche Gesetzbuch in Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 1929 S. 447 ff.
Siber, Das Buchrechtsgeschäft 1909.
Somlo, Juristische Grundlehre 1917.
Sörgel, Kommentar zum BGB Bd. I 1929.
Stabel, Institutionen des französischen Zivilrechts 1871.
Stein-Jonas, Die Zivilprozessordnung für das deutsche Reich Bd. I 1928.
Stobbe, Deutsches Privatrecht 1893.
Stoll, Rechtsstaatsidee und Privatrechtslehre in Dogm. Jahrb. 76 S. 134 ff.
Stubenrauch, Kommentar zum österreichischen bürgerlichen Gesetzbuch Bd. I 1902.
Thöl, Handelsrecht 1862.
v. Tuhr, Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts Bd. I 1, 1910 Bd. I 2 1918.
Vangerow, Pandekten 1876.
Vogel, Rechtliche Bedeutung des Vertrags Minderjähriger Leipziger Zeitschrift 20 S. 375 ff.
Wächter, Pandekten 1880.
Warneyer, Kommentar zum BGB Bd. I 1923.
Weiss, Die Ueberlassung freier Mittel an Minderjährige. Diss. Breslau 1919.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. I 1900.
Zachariä v. Lingenthal Handbuch des französischen Zivilrechts Bd. I—IV 1894/95.
Zeth, Die Unterscheidung zwischen der Einwilligung in fremdes Rechtsgeschäft und Bevollmächtigung Diss. Jena 1908.
Zitelmann, Die Rechtsgeschäfte im Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich 1889.
Zitelmann, Das Recht des BGB a. T. 1900.
Zusammenstellung, der gutachtlichen Ausserungen zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs, gefertigt im Reichsjustizamt 1890.

Einleitung.

§ 1.

Schon die ältesten uns überlieferten Rechte haben bereits den Minderjährigen eine dem Volljährigen gegenüber günstigere Stellung eingeräumt, um ihn vor den Gefahren zu schützen, welche ihm infolge seiner noch nicht ausgereiften Verstandeskräfte, seiner mangelnden Geschäftsgewandtheit und Lebenserfahrung im Geschäftsverkehr drohen.

Dieser Schutzgedanke des Minderjährigen hat auch im bürgerlichen Gesetzbuch in verschiedenen Bestimmungen seinen Niederschlag gefunden. So bestimmt § 107 BGB:

> „Der Minderjährige[1]) bedarf zu einer Willenserklärung, durch welche er nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt, der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters."[2])

Etwas freier ist der Minderjährige auf Grund des sogenannten Taschengeldparagraphen (§ 110 BGB) gestellt. Dieser lautet:

> „Ein von dem Minderjährigen ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters geschlossener Vertrag gilt als von Anfang an wirksam, wenn der Minderjährige die vertragsmässige Leistung mit Mitteln bewirkt, welche ihm zu diesem Zwecke oder zur freien Verfügung von dem Vertreter oder mit dessen Zustimmung von einem Dritten überlassen worden sind."

Endlich ist dieses Schutzprinzip des Minderjährigen zu Gunsten des Geschäftsverkehrs in zwei Fällen durch die §§ 112 und 113 BGB durchbrochen, wenn der Minderjährige mit Ermächtigung des gesetzlichen Vertreters und mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ein selbständiges Erwerbsgeschäft betreibt, oder wenn der

---

[1]) Hier, wie in der Folge, wird unter „Minderjähriger" die zwischen dem siebten und einundzwanzigsten Lebensjahre stehende Person verstanden. Der Minderjährige unter 7 Jahren ist nach § 104 Z. 1 BGB geschäftsunfähig.

[2]) Gesetzlicher Vertreter ist mit v. Tuhr II 2 Seite 418 zu Note 10 jeder, dessen Vertretungsmacht nicht auf dem Willen des Vertretenen beruht.

Minderjährige mit Ermächtigung des gesetzlichen Vertreters in Dienst oder Arbeit tritt.

Wie die angeführten Gesesetzesbestimmungen zeigen, gibt das Gesetz auf die Frage, ob der gesetzliche Vertreter des Minderjährigen die gemäss § 107 BGB erforderliche Einwilligung auch generell, d. h. allgemein zum Abschluss von Rechtsgeschäften einer bestimmten Art oder zum Abschluss von Rechtsgeschäften, welche einem bestimmten Zwecke dienen, erteilen kann, keine eindeutige Antwort. Diese ist vielmehr durch Auslegung des Gesetzes bezw. durch Lückenergänzung zu gewinnen.

In der einschlägigen Literatur ist diese Frage mit wenig Ausnahmen[1]) nur nebenbei, ja teilweise überhaupt nicht behandelt, obwohl sie bei der zunehmenden Anteilnahme des Minderjährigen am kulturellen und wirtschaftlichen Leben der Gegenwart immer mehr an Bedeutung gewonnen hat.

So gelten auch heute noch die im Jahre 1900 von dem Mannheimer Rechtsanwalt Hachenburg[2]) geprägten Worte: „Das Gefühl, dass der Boden hier wankt, wird man nicht los."

Die Stellung der Literatur zu der Frage des General-Konsenses.

§ 2.

Die Anhänger des Generalkonsenses.

Während im gemeinen Recht die Zulässigkeit des Generalkonsenses allgemein anerkannt war[3]), finden wir im geltenden Recht bezüglich dieser Frage eine grosse Kontroverse. Die einschlägige Literatur ist in zwei grosse Lager geteilt, die sich gegenseitig heftig befehden. Hierbei stehen sich die Verfechter des Generalkonsenses und die Gegner desselben sowohl qualitativ als quantitativ ungefähr in gleicher Stärke gegenüber. Auch in der jüngst erschienenen Literatur sind beide Ansichten, und zwar die den Generalkonsens ablehnende, auffallender Weise sogar in der Mehrzahl vertreten.

[1]) Vgl. z. B. v. Blume Dogm. Jahrb. 48 S. 417 ff. Grzebinasch, die Ueberlassung freier Mittel an Minderjährige.

[2]) Hachenburg a. a. O. S. 455.

[3]) Vgl. unten § 5 I.

In der Folge seien nun zunächst die Anhänger des Generalkonsenses aufgeführt.

Riezler[1]), der wohl als Hauptverfechter des Generalkonsenses angesehen werden kann, äussert sich dahin, es sei nicht erforderlich, dass sich der gesetzliche Vertreter bei der gemäss § 107 BGB erforderlichen Einwilligung, die sowohl ausdrücklich, wie stillschweigend erteilt werden könne, die Gestaltung des konkreten Einzelgeschäfts bereits vergegenwärtigen könne; nicht einmal bezüglich des Gegenkontrahenten bestehe dieses Erfordernis. Riezler führt seinen Standpunkt konsequent durch und gelangt auch bezüglich der Kreditgeschäfte des Minderjährigen zur Bejahung der Zulässigkeit genereller Einwilligung. Er erklärt[2]):

> „Unter Umständen muss nicht nur für mittellose, sondern auch für bemittelte Minderjährige bezüglich des nicht von sofortiger Erfüllung gefolgten Kontrahierens eine concludente Zustimmung angenommen werden. Der Vater, der seinen Sohn auf die Universität schickt, will in der Regel damit auch seine Zustimmung zu solchen Verträgen geben, welche der Sohn nicht sofort durch Barzahlung erfüllt. Auf offenbare Luxusausgaben erstreckt sich die Zustimmung nicht."

Ihm schliesst sich vollinhaltlich Steinfeld[3]) an.

Auch v. Tuhr[4]) und Oertmann[5]) sprechen sich für Zulässigkeit des Generalkonsenses aus. Sie lassen Kreditgeschäfte insoweit zu, als sie den Bedürfnissen des Minderjährigen entsprechen. Von Tuhr erklärt: „Eine generelle Einwilligung ist unentbehrlich, wenn der gesetzliche Vertreter den Minderjährigen in eine Lage bringt, in welcher er zu seinem Unterhalt und zur Erreichung der ihm gesetzten Zwecke selbständig Rechtsgeschäfte abschliessen muss, z. B., wenn er den Minderjährigen zum Studium an eine Universität schickt."

Hachenburg[6]) nimmt an, dass zwischen der Ermächtigung i. S. der §§ 112 und 113 BGB und dem Generalkonsens ein Unter-

[1]) Riezler in D.J.Z. 1903 S. 566 und in Staudinger's Kommentar zu § 110 BGB.
[2]) Riezler in Staudinger's Kommentar zu § 110 BGB Erl. 2.
[3]) Steinfeld a. a. O. S. 19.
[4]) v. Tuhr a. a. O. II 1 S. 346 ff.
[5]) Oertmann a. a. O. Erl. 4 zu § 107 BGB.
[6]) Hachenburg a. a. O. 1 S. 455.

schied nicht bestehe und kommt auf dem Wege analoger Uebertragung dieser Bestimmungen auf die gemäss § 107 BGB erforderliche Einwilligung des gesetzlichen Vertreters ebenfalls zur Bejahung des Generalkonsenses.

Dernburg [1]) bemerkt: Nur eine ganz allgemeine Einwilligung sei unzulässig. Habe aber der gesetzliche Vertreter zugestimmt, dass der Minderjährige sich als Student, Lehrling etc. auf einen Beruf vorbereite, so habe er damit auch seine Einwilligung zu solchen Rechtsgeschäften erteilt, welche die gewählte Lebenslage mit sich bringe. Die Bedürfnisbefriedigung des Minderjährigen auf Kredit beurteile sich je nach den Umständen. Habe der Minderjährige vom gesetzlichen Vertreter genügend Mittel erhalten, so sei die Zustimmung zu Rechtsgeschäften auf Borg weniger leicht anzunehmen.

Ihm schliessen sich Rehbein [2]) und Enneccerus-Nipperdey [3]) an. Ersterer lässt Kreditieren nur dann zu, wenn der Minderjährige mittellos gelassen wird, letztere dann, wenn besondere Umstände eine dahingehende Absicht des gesetzlichen Vertreters als gerechtfertigt erscheinen lassen.

Kipp [4]) und Zitelmann [5]) erklären die Zulässigkeit einer allgemeinen Ermächtigung des gesetzlichen Vertreters für einen ganzen Kreis von Rechtsgeschäften als selbstverständlich, da das Gesetz eine generelle Ermächtigung nicht ausschliesse, und für die Einwilligung nach § 107 BGB keine Formvorschriften bestünden.

Nach Kohler [6]) braucht die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters ebenfalls nicht spezialisiert zu sein; sie müsse sich jedoch innerhalb der üblichen durch den gewöhnlichen Lebensverkehr bestimmten Grenzen halten. Es genüge z. B., wenn der gesetzliche Vertreter dem Minderjährigen, der zur Universität zieht, eine Einwilligung für alle Rechtsgeschäfte gibt, die das Studium und der Aufenthalt an fremdem Ort zum Zwecke des Studiums regelrecht mit sich bringt. Die (dem gesetzlichen Vertreter bekannte) bisherige Lebensführung sei zu berücksichtigen.

---

[1]) Dernburg a. a. O. S. 403 ff.
[2]) Rehbein a. a. O. Anm. 4 zu § 104 ff. BGB.
[3]) Enneccerus-Nipperdey a. a. O. § 143 I 4 und § 191.
[4]) Kipp zu Windscheid I S. 282.
[5]) Zitelmann Rechtsgeschäfte I S. 67.
[6]) Kohler a. a. O. S. 280 ff.

Warneyer[1]) meint: „Die Einwilligung kann zwar nicht generell zu allem vom Minderjährigen abgegebenen Willenserklärungen erteilt werden, umfasst jedoch u. U. die Zustimmung zu sämtlichen Erklärungen, welche der Minderjährige im Verlauf des betreffenden Rechtsgeschäfts abgeben wird."

In ähnlichem Sinne äussern sich Lehmann[2]), Neumann[3]), Cosack[4]), Sörgel[5]) und Janke[6]). Auch die allerdings äusserst spärliche Rechtsprechung hat sich überwiegend für Bejahung des Generalkonsenses ausgesprochen[7]).

§ 3.

Die Gegner des Generalkonsenses.

Auf der Gegenseite steht mit grosser Entschiedenheit v. Blume[8]), der seinen Standpunkt eingehend begründet. Er führt aus, ebenso wie das Vormundschaftsgericht dem Vormund nur für den einzelnen Fall seine Einwilligung erteilen könne, — eine allgemeine Ermächtigung sei nur in den gesetzlich ausdrücklich bestimmten Fällen des § 1825 BGB möglich — könne der Vormund immer nur bezüglich des einzelnen vom Minderjährigen abgeschlossenen Rechtsgeschäftes seine Einwilligung geben. Auch sprächen die Vorschriften der §§ 112 und 113, sowie 110 BGB, die, wenn man den Generalkonsens zulassen würde, völlig überflüssig wären, gegen diesen. Endlich beruft sich v. Blume auf die Motive[9]) und die Protokolle[10]), die seiner Ansicht nach ebenfalls auf einem den Generalkonsens ablehnenden Standpunkt stehen. Von Blume kommt zu dem Ergebnis, der Minderjährige könne nur durch Ueberlassung von Barmitteln zu Bargeschäften allgemein ermächtigt werden, darüber hinaus jedoch nicht. Ihm schliessen sich mit ähnlicher Begründung Dillmann[11]) und Kistemaker[12]) an.

[1]) Warneyer a. a. O. Anm. 2 zu § 107 BGB.
[2]) Lehmann a. a. O. § 28 A III.
[3]) Neumann a. a O. Anm. 1 zu § 110 BGB.
[4]) Cosack a. a. O. S. 171 ff.
[5]) Sörgel a. a. O. zu § 107 BGB.
[6]) Janke a. a. O. S. 23.
[7]) OLG Rspr. 44/119, Mugdan-Falkmann 1907 S. 324.
[8]) v. Blume a. a. O. S. 417 ff.
[9]) Motive 1 S. 143, 146.
[10]) Protokolle 1 S. 66.
[11]) Dillmann a. a. O. S. 67 ff.
[12]) Kistemaker a. a. O. S. 38 ff.

Crome[1]) lässt den vom Minderjährigen geschlossenen Vertrag erst durch Erfüllung aus dem ihm überlassenen Fond wirksam werden. Vorher beständen regelmässig noch keine genügenden Beziehungen der in der Ueberlassung liegenden Zustimmung zu dem tatsächlich geschlossenen einzelnen Rechtsgeschäft, sodass man sagen könnte, der gesetzliche Vertreter habe gerade zu diesem eingewilligt.

Plank[2]) lehnt den Generalkonsens ebenfalls ab. Er führt zur Begründung seiner Ansicht ähnliche Gründe ins Feld wie v. Blume. Planck lässt jedoch im Gegensatz zu v. Blume Kontrahieren des Minderjährigen auf Kredit dann zu, wenn der Minderjährige mittellos gelassen wird.

Der Kommentar der Reichsgerichtsräte[3]) sieht zwar in der Ueberlassung freier Mittel an Minderjährige eine allgemeine Einwilligung. Ausser den in den §§ 110, 112, 113 BGB erwähnten Fällen sei jedoch eine allgemeine Einwilligung unzulässig. Die Annahme, dass die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters, sich auf einen bestimmten Beruf vorzubereiten, z. B. als Student, Lehrling, etc. auch die wirksame Einwilligung zur Vornahme aller durch die entsprechende Lebenslage erforderten Rechtsgeschäfte in sich schliesse, scheine mit dem Zwecke des Gesetzes nicht vereinbar.

Mit ähnlicher Begründung sprechen sich Gareis[4]), Biermann[5]), Endemann[6]), Eckart[7]), Rosenhain[8]), Grzebinasch[9]), Weiss[10]), Schwenk[11]), Fischer-Henle[12]) und Breme[13]), ebenfalls für die Unzulässigkeit des Generalkonsenses aus, der mit dem im bürgerlichen Gesetzbuch zum Ausdruck gebrachten Schutzprinzip des Minderjährigen im krassen Widerspruch stehe.

---

[1]) Crome a. a. O. S. 368.
[2]) Planck a. a. O. zu § 110 BGB.
[3]) RGRKommentar zu § 107 und § 110 BGB.
[4]) Gareis a. a. O. zu § 110 BGB.
[5]) Biermann a. a. O. S. 211.
[6]) Endemann a. a. O. S. 131.
[7]) Eckart a. a. O. S. 14.
[8]) Rosenhain a. a. O. S. 76.
[9]) Grzebinasch a. a. O. S. 46 ff.
[10]) Weiss a. a. O.
[11]) Schwenk a. a. O. S. 449 ff.
[12]) Fischer-Henle a. a. O. zu § 107 und § 110 BGB.
[13]) Breme a. a. O.

Auch Hölder[1]), Matthias[2]) und Kuhlenbeck[3]) scheinen auf einem den Generalkonsens ablehnenden Standpunkt zu stehen, da sie davon ausgehen, dass der Minderjährige einem von ihm abgeschlossenen Vertrage nur durch Erfüllung gemäss § 110 BGB Wirksamkeit verleihen könne.

Schreiber[4]) endlich erklärt, Generaleinwilligung sei weder mit den gesetzlichen Befugnissen des Muntwalts, noch mit den tatsächlichen Umständen vereinbar. Er unterscheidet streng zwischen der Einwilligung gemäss § 107 BGB, die nur zu konkreten Rechtsgeschäften erteilt werden könne einerseits, und den Fällen der §§ 110, 112 und 113 andererseits. In den §§ 112 und 113 BGB sieht Schreiber eine Generaleinwilligung mit teilweiser Mündigerklärung. In den Fällen des § 110 BGB sieht Schreiber eine Ermächtigung sowohl für ein wirtschaftlich konkretes Rechtsgeschäft, als auch eine Generalermächtigung für einen beliebig abgegrenzten Teil von Rechtsgeschäften. Zur Wirksamkeit derselben müsse jedoch immer noch die Erfüllung mit den ihm, dem Minderjährigen, überlassenen Mitteln hinzukommen.

Eine Entscheidung des O. L. G. Frankfurt[5]) vom Jahre 1902 hat sich ebenfalls gegen die Zulässigkeit genereller Einwilligung ausgesprochen, mit der Begründung, dass das Gesetz die generelle Genehmigung nur als Ausnahme anerkenne, und zwar in den Fällen der §§ 112 und 113 BGB.

[1]) Hölder a. a. O. zu § 110 BGB.
[2]) Matthias a. a. O. S. 158.
[3]) Kuhlenbeck a. a. O. zu § 110 BGB.
[4]) Schreiber a. a. O. S. 84 ff.
[5]) OLG Frankfurt im „Recht“ 1903 S. 127.

Kritik und eigene Auffassung.

§ 4.

Abgrenzung zwischen Spezial- und Generalkonsens.

Ehe wir in die Untersuchung der Frage der Zulässigkeit des Generalkonsenses selbst eintreten können, ist es erforderlich, dass wir das Streitfeld näher umgrenzen. Denn so heftig der Kampf um die Zulässigkeit bezw. die Unzulässigkeit des Generalkonsenses tobt, so wenig geben uns sowohl die Anhänger, als auch die Gegner desselben Auskunft darüber, was sie eigentlich unter diesem Begriffe verstehen.

Darüber herrscht völlige Einigkeit, dass unter „Generalkonsens" nicht die Zusammenfassung verschiedener Zustimmungserklärungen zu im einzelnen fest umrissenen Rechtsgeschäften zu verstehen ist, sondern dass es sich hierbei vielmehr um eine Zustimmung zu Rechtsgeschäften des Minderjährigen handelt, deren Umfang und Bedeutung im einzelnen noch nicht feststeht.

Grzebinasch [1]), Rosenhain [2]) und Crome [3]) halten eine spezielle Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zu Rechtsgeschäften des Minderjährigen dann für vorliegend, wenn dieselbe zu einem konkreten tatbestandsmässig feststehenden Rechtsgeschäft des Minderjährigen erteilt wird. Fehlt eines der Konkretisierungsmerkmale des Hauptrechtsgeschäfts, so nehmen diese Autoren eine generelle Zustimmung des gesetzlichen Vertreters an.

Als Mindesterfordernis eines solchen konkreten Hauptrechtsgeschäfts verlangen Grzebinasch und Rosenhain einmal, dass der Verpflichtungsgrund, d. h. die rechtliche Natur des Hauptrechtsgeschäfts z. B. Kauf, Miete, Werkvertrag etc. feststeht. Weiter müssen nach Ansicht dieser Autoren die auf Grund des zustimmungsbedürftigen Hauptrechtsgeschäfts vom Minderjährigen zu erbringenden Leistungen derart bekannt sein, dass der gesetzliche Vertreter in

[1]) Grzebinasch a. a. O. S. 12 ff.
[2]) Rosenhain a. a. O. S. 76 ff.
[3]) Crome a. a. O. S. 368.

der Lage ist, sich von den Verpflichtungen des Minderjährigen ein klares Bild zu machen.

Crome [1]) nimmt eine Konkretisierung des Hauptrechtsgeschäfts erst dann an, wenn ausser dem Bestimmtsein des Verpflichtungsgrundes und den sich hieraus ergebenden Verpflichtungen des Minderjährigen noch die Kenntnis der Person des Gegenkontrahenten vorhanden ist. Er erklärt: „Vorher besteht regelmässig noch keine genügende Beziehung der in der Ueberlassung liegenden Zustimmung zu dem tatsächlich geschlossenen einzelnen Rechtsgeschäft."

Dieses Verlangen Crome's geht indes entschieden zu weit, denn regelmässig wird in den praktisch werdenden Fällen die Person des Gegenkontrahenten gänzlich unwesentlich sein. Schreibt z. B. der minderjährige Student seinem Vater nach Hause, er habe in einer Buchhandlung ein wissenschaftliches Werk, das er unbedingt zum Studium benötige, zu dem Preis von RM. 10.— ausgestellt gesehen und bitte um Uebersendung dieses Betrags zwecks Anschaffung des Buchs, so liegt in der Uebersendung der RM. 10.— durch den Vater zweifellos eine stillschweigend erklärte Zustimmung zum Ankauf des Buches, also zu einem genügend bestimmten Hauptrechtsgeschäft. Dem Vater ist es gleichgültig, ob der Buchhändler Müller oder Schulze heisst. Er ist sicher auch damit einverstanden, dass sein Sohn das in Frage stehende Buch, falls es in der Buchhandlung, in der es ausgestellt war, ausverkauft ist, in einer anderen Buchhandlung zum gleichen Preise unter denselben Bedingungen anschafft.

Crome müsste als Gegner des Generalkonsenses, wenn man ihn auf seiner Ansicht festlegt, einen Vertrag, den ein Minderjähriger, der von seinem gesetzlichen Vertreter die Erlaubnis erhalten hat, mit einem Taxameter zum Bahnhof zu fahren, mit einem Chauffeur entsprechend abschliesst, deshalb für unwirksam erklären, weil die Person des Chauffers dem gesetzlichen Vertreter nicht bekannt war. Ein Ergebnis, das, wie schon Riezler [2]) mit Recht betont hat, nicht befriedigen kann. Dieser erklärt zu der oben zitierten Aeusserung Crome's: „Aber der Begriff der stillschweigenden, richtiger durch schlüssiges Verhalten erteilten Zustimmung zu einem Geschäft erfordert wohl nicht, dass sich der Zustimmende bereits die kon-

[1]) Crome a. a. O. S. 368.

[2]) Riezler in Staudinger's Kommentar zu § 110 BGB Anm. 1.

krete Gestaltung des Geschäfts vergegenwärtigen kann, und dass die Person des Gegenkontrahenten bereits feststeht.“ Riezler misst jedoch dem Begriffe der stillschweigenden Zustimmung insofern eine falsche Bedeutung bei, als er sie mit genereller Zustimmung zu identifizieren scheint. Denn dass die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters, und zwar sowohl die spezielle wie die generelle, als Aeusserungsform des inneren Willens wie jede andere Willenserklärung sowohl ausdrücklich wie stillschweigend erklärt werden kann, wird von der durchaus herrschenden Ansicht zu Recht angenommen [1]).

Bei der Abgrenzung zwischen Spezial- und Generalkonsens ist jedoch m. E. überhaupt nicht darauf abzustellen, ob die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zu einem konkreten tatbestandsmässig fest umrissenen individuellen Hauptrechtsgeschäft erfolgt oder nicht. Man wird auch dann noch von Vorliegen speziellen und nicht generellen Konsenses reden müssen, wenn das von Minderjährigen abgeschlossene, oder noch abzuschliessende Rechtsgeschäft individuell noch gar nicht bezeichnet werden kann, ja selbst dann, wenn es dem gesetzlichen Vertreter noch völlig unbekannt ist [2]). Genereller Konsens liegt sonach immer nur dann vor, wenn eine unbestimmte Anzahl von Rechtsgeschäften des Minderjährigen in Aussicht steht.

§ 5.

Die Zulässigkeit des Generalkonsenses nach dem BGB.

I. Das bürgerliche Gesetzbuch selbst hat für die Auslegung des Gesetzes keine Richtlinien aufgestellt, sondern hat dieselbe der Entwicklung des Rechts überlassen. Auch hier auf dem Gebiete der Gesetzesauslegung herrscht keine Einigkeit, vielmehr

[1]) a. A. Isay Willenserklärung II. Abschn. passim, der überhaupt die Berechtigung des Begriffs der stillschweigenden Einwilligung verneint.

[2]) So erklärt RGRKom. zu § 107 BGB Erl. 1, der im übrigen die Zulässigkeit des Generalkonsenses verneint: „Zur erforderlichen Bestimmtheit des Genehmigungsgegenstandes ist nicht unbedingt eine individuelle Bezeichnung des Rechtsgeschäfts, nicht einmal unbedingt dessen Kenntnis erforderlich, zumal, wenn es sich um ein Geschäft von allgemein üblichem Inhalt handelt“, vgl. auch die Motive I S. 143 ff.

stehen sich hauptsächlich 2 Theorien gegenüber, die man unter der Bezeichnung subjektive oder historische Auslegung und objektive Deutung zusammenfasst. Im Rahmen dieser Arbeit kann auf den Streit um die richtige Auslegung nicht eingegangen werden, vielmehr muss diesbezüglich auf die eingehenden Ausführungen von Heck[1]), Rümelin[2]) und Stoll[3]) verwiesen werden.

Im folgenden wird die Theorie der Interessenjurisprudenz, wie sie hauptsächlich von den obengenannten Autoren vertreten wird, zu Grunde gelegt. Nach dieser Theorie ist grundsätzlich der Wille des Gesetzgebers zu erforschen. Zur Ergänzung und Berichtigung des einzelnen Rechtssatzes ist der vom Gesetzgeber vorgenommene, im Gesetz zum Ausdruck gebrachte Kräfteausgleich[4]) der gegeneinander abgewogenen Interessengegensätze zu berücksichtigen[5]).

Um nun den Willen des Gesetzgebers richtig feststellen zu können, ist erforderlich, dass wir zunächst den Rechtszustand, welcher vor dem Inkrafttreten des BGB vorhanden war, einer Betrachtung unterziehen.

Nach gemeinem Recht konnten die Personen vom siebten Lebensjahre bis zu ihrer Volljährigkeit ohne Zuziehung ihres gesetzlichen Vertreters[6]) durch Rechtsgeschäfte, durch welche sie sich zu keiner Gegenleistung verpflichteten, Rechte erwerben, oder sich von Verbindlichkeiten befreien. Im übrigen konnten sie jedoch ohne Zustimmung des Vertreters weder veräussern[7]), noch sich

[1]) Heck a. a. O.

[2]) Rümelin i. ArchZivPr. N. F. Bd. 2 S. 145 ff., 265 ff.

[3]) Stoll a. a. O.

[4]) Vgl. Rümelin i. ArchZivPr. N. F. Bd. 2 S. 296, Stoll a. a. O. S. 60.

[5]) Stoll a. a. O. S. 183 erklärt: „Der Richter ist weder an den Wortlaut des einzelnen Rechtssatzes, noch an das Gebot in seiner Isolierung gebunden. Es kommt nicht auf den Gesetzestext, sondern auf die Werturteile des Gesetzgebers an. Nicht an die einzelne Norm hat man sich zu halten, sondern sie im Zusammenhang der ganzen Rechtsordnung zu erfassen. Der Richter darf den Wortlaut des einzelnen Rechtssatzes nach dem Zweck des Gebots berichtigen."

[6]) Die Reichspolizeiordnungen von 1548 und 1577 bestimmten: „... dass den Pupillen und minderjährigen Kindern jederzeit, bis sie zu ihrem vogtbaren und muntbaren Jahren kommen, Vorsteher und Vormünder gegeben werden." Hiermit war der römischrechtliche Unterschied zwischen bevormundeten und unbevormundeten Minderjährigen aufgehoben.

[7]) Während die Veräusserungsunfähigkeit des Minderjährigen unbestritten ist, ist die Verpflichtungsfähigkeit desselben im gemeinen Recht äusserst umstritten. Marezoll a. a. O. II S. 446, Glück a. a. O. 30 S. 478, Vangerow Pand. V § 291, Rudorff a. a. O. Bd. 2 S. 291 bejahen letztere sowohl für das römische, als auch für das gemeine Recht; a. A. mit Recht Conta a. a. O. S. 19, Savigny a. a. O. II S. 395—399, Kraut II S. 105 ff., Wächter Pand. I S. 224.

verpflichten. Der Minderjährige bedurfte sonach zu sämtlichen Rechtsgeschäften, durch welche er gleichzeitig eine Verpflichtung übernahm, der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters[1]). Diese konnte formlos und stillschweigend durch concludente Handlungen geschehen.

Die Einwilligung des Vaters, bezw. Vormunds konnte nach gemeinem Recht sowohl speziell als auch generell erteilt werden. Weiter waren alle Rechtsgeschäfte gültig, welche der Minderjährige abgeschlossen hatte, um die dringenden und notwendigen Lebensbedürfnisse zu befriedigen[2]).

Das PrLR II 2 § 127, I 5 § 20 bestimmte: „Pflegebefohlene, welche unter vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung eine eigene Wirtschaft angestellt haben, werden auch ohne Beitritt des Vormunds durch solche Verträge verpflichtet, welche zur Führung dieser Wirtschaft gehören."

Im ALR T. 2 Tit. 2 heisst es: „Wenn ein Vater sein Kind zu einer gewissen Bestimmung ausser seinem Hause widmet, so genehmigt er eben dadurch alle Handlungen und Verträge desselben, ohne welche das Kind diese Bestimmung nicht erfüllen kann."

Auch die einschlägige Literatur des gemeinen Rechts steht grundsätzlich auf dem Standpunkt der Zulässigkeit des Generalkonsenses. Heinzerling[3]) führt diese Zulässigkeit des Generalkonsenses auf gemeines Gewohnheitsrecht zurück. Er stützt seine Ansicht auf verschiedene Urteile aus den Jahren 1833, 1844 und 1855[4]). Janke[5]) kommt ebenfalls zur Bejahung des Generalkonsenses. Jhering[6]) führt aus: Nicht erforderlich sei es, dass der Vormund eines minderjährigen Studenten oder Offiziers diesen auf

[1]) Hieran hält auch die höchstrichterliche Rechtsprechung fest. Vgl. ObTrib. zu Stgt. 1848 SeuffArch. III/311 (der Vorderrichter war hier der Marezoll'schen Ansicht gefolgt), OAG Wiesbaden 1853 SeuffArch. XIII/241, OAG Hannover SeuffArch. XIII/241, OAG Oldenburg SeuffArch. I/253, OAG Rostock SeuffArch. XI/25, OAG Kassel SeuffArch. II/270, ROHG. II Nr. 80 S. 359.

[2]) Vgl. WLR. 2, 28 § 4 (Leihe oder Verkäufe aus ehrlichen Ursachen), Lauenb. Stadtrecht III 1 § 1, Sächs. BGB § 1825 Seemannsordnung vom 27. 12. 1872 § 6, Heinzerling, die Handlungsfähigkeit der Minderjährigen nach gemeinem Recht S. 184 und ArchPraktRW. Bd. 5 S. 120 ff.

[3]) Heinzerling Handlungsfähigkeit S. 184.

[4]) SeuffArch. IX Nr. 305, 306, X Nr. 61.

[5]) Janke a. a. O. S. 15.

[6]) Jhering in DogmJahrb. 12 S. 367 ff.

Schritt und Tritt begleite, um so die von diesem abgeschlossenen Rechtsgeschäfte zu genehmigen. Weiter sind als Anhänger des Generalkonsenses aufzuführen: Regelsberger[1]), Gierke[2]), Dernburg[3]), Stobbe[4]) und Eccius[5]).

Auch die gemeinrechtliche Praxis hat sich durchweg für die Zulässigkeit des Generalkonsenses ausgesprochen. So führt eine Entscheidung des OAG Rostock[6]) aus: Es bestehe eine konstante Praxis, nach welcher Minderjährige befugt seien, ohne Beistand ihres Vaters bezw. Vormunds Dienstverträge ohne ungewöhnliche Klauseln abzuschliessen. Bezüglich des ein Erwerbsgeschäft betreibenden Minderjährigen galt im gemeinen Recht der Grundsatz: Handel macht Wandel[7]).

Weiter ist in mehreren Entscheidungen höchster Gerichte[8]) niedergelegt, dass alle Verträge eines eine selbständige Lebensstellung einnehmenden Minderjährigen als genehmigt gelten, ohne welche dieser nicht in der beabsichtigten Lebensstellung und Selbstständigkeit leben kann.

Dem Gläubiger stand gegen den Vater die actio de in rem versio utilis zu. Ein Erkenntnis des OAG Wiesbaden vom 29. 12. 1845[9]) bewilligte sogar die actio quod jussu. Es führt aus: Hierzu reiche jede generelle, nicht einmal an die Form eines Befehls gebundene Einwilligung des Hausvaters hin.

Zusammenfassend kommen wir mithin zu dem Ergebnis, dass sich sowohl die Theorie als auch die Praxis des gemeinen Rechts einhellig für die Zulässigkeit des generellen Konsenses ausgesprochen hat. Von dieser Regelung, die sich im gemeinen Recht durchaus bewährt hatte, abzugehen, lag für die Verfasser des BGB nicht die geringste Veranlassung vor. Wäre aber trotzdem eine Ablehnung

[1]) Regelsberger Pand. 1 S. 482.

[2]) Gierke a. a. O. S. 387 Anm. 47.

[3]) Dernburg Lehrb. d. PrPrivR. I § 74.

[4]) Stobbe a. a. O. § 40 S. 337 ff.

[5]) Eccius a. a. O. S. 143.

[6]) SeuffArch. XX/25.

[7]) Vgl. Thöl Handelsrecht I S. 49, und zwar nahm das gemeine Recht lediglich Generalkonsens an, während das BGB dem Minderjährigen in § 112 BGB nach der durchaus hM. unbeschränkte Geschäftsfähigkeit einräumt.

[8]) Vgl. SeuffArch. IX Nr. 304, X Nr. 61.

[9]) SeuffArch. IX Nr. 305 und 306.

des Generalkonsenses beabsichtigt gewesen, so müsste dies einwandfrei aus den Materialien zum BGB hervorgehen.

Was zunächst die Motive zum Entwurfe eines BGB betrifft, so erklären diese [1]) zwar zu der Frage, ob dem Minderjährigen bei Ermächtigung zum selbständigen Betriebe eines Erwerbsgeschäfts die rechtliche Stellung eines Volljährigen eingeräumt werden sollte, oder ob die Ermächtigung lediglich als eine im voraus erteilte generelle Einwilligung aufzufassen sei: Die Zulassung eines Generalkonsenses begegne an sich Bedenken. Diese Bedenken richten sich jedoch hauptsächlich dagegen, dass der Generalkonsens den gesetzlichen Vertreter jederzeit in die Lage setze, die wirksame Vornahme einzelner, ihrer Natur nach in den Kreis des gestatteten Betriebs fallender Geschäfte auszuschliessen, ferner dagegen, dass die generelle Einwilligung nicht auch gleichzeitig Prozessfähigkeit im Gefolge habe, was beides mit dem selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts unvereinbar sei [2]). Auf Grund dieser Erwägungen kommen die Motive sonach bei der Ermächtigung zum selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts (§ 67 Entw., § 112 BGB) mit Recht zur Ablehnung von Generalkonsens und Annahme teilweiser unbeschränkter Geschäftsfähigkeit. Bei der Ermächtigung zum Eintritt in ein Dienst- oder Arbeitsverhältnis dagegen nehmen die Motive umgekehrt Generalkonsens an und lehnen die Einräumung teilweiser unbeschränkter Geschäftsfähigkeit ab [3]).

Die Ansicht, dass die Motvie den Generalkonsens überhaupt für unzulässig erklären, was von sämtlichen Gegnern des Generalkonsenses behauptet wird, erscheint m. E. nicht gerechtfertigt. Vor allem spricht hiegegen der Satz in den Motiven [4]): „Vielfach wird die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters zu unterstellen sein" und die Anmerkung hierzu: „Dahin gehört u. a. der in dem preuss. Gesetz vom 29. 5. 1879 § 1 Abs. 2 besonders behandelte Fall, dass der minderjährige Studierende eine Vorlesung annimmt" zwingend gegen diese Auffassung. Denn was sollte eine stillschweigende Einwilligung des gesetzlichen Vertreters zu im voraus völlig unbekannten Rechtsgeschäften des Minderjährigen anderes sein, als

[1]) Motive I S. 143.

[2]) Vgl. Motive I S. 143.

[3]) Die Konstruktion dieser Bestimmung wurde später derjenigen des § 67 Entw. angeglichen. Vgl. Planck Erl. 1 zu § 113 BGB.

[4]) Vgl. Motive I S. 146.

Generalkonsens. Auch die weiteren in den Motiven zum Ausdruck gebrachten Bedenken richten sich nicht gegen die Zulässigkeit des Generalkonsenses sondern dagegen, dass dem minderjährigen Studierenden in Anlehnung an die akademischen Kreditgesetze eine berufliche Sonderstellung, wie sie dem ein selbständiges Erwerbsgeschäft betreibenden Minderjährigen eingeräumt wurde, verschafft werden sollte. Letzteres wurde von den Motiven mit folgender Begründung[1]) mit Recht abgelehnt: „Die Sonderstellung eines Berufsstandes, dessen Eigentümlichkeiten in anderen Kreisen der bürgerlichen Gesellschaft wiederkehren, widerstrebt dem heutigen Rechtsbewusstsein."

Die hier über die Stellungnahme der Motive zu der Frage des Generalkonsenses vertretene Auffassung wird auch von einem Erkenntnis des OLG Hamburg vom 8. 4. 1924[2]) geteilt. Dort ist ausgeführt:

> „Allerdings verbietet sich die analoge Anwendung des § 113 BGB, welcher sich als Ausnahme von der in den §§ 107 ff. BGB aufgestellten Regel darstellt, wie denn auch die Aufstellung besonderer Vorschriften für Studierende, die auf den Bekl. Anwendung finden könnten, nach den Motiven I S. 145 mit der Absicht abgelehnt worden ist, die Verpflichtungsfähigkeit derselben den allgemeinen Grundsätzen zu unterstellen. § 113 BGB muss daher ausser Betracht bleiben. Dagegen ist nach Sachlage anzunehmen, dass der Vater als gesetzlicher Vertreter seine, wenn auch nur stillschweigende Einwilligung i. S. der §§ 107, 183 BGB zu einem Vertrag wie dem vorliegenden erteilt hat, als er seinen fast schon grossjährigen Sohn zum kaufmännischen Studium nach D. schickte."

Die Motive nehmen sonach keine den Generalkonsens ablehnende Stellung ein, vielmehr ergeben sich aus ihnen umgekehrt gewisse Anhaltspunkte für die Zulässigkeit desselben. Entscheidende Bedeutung kann den Motiven jedoch nicht beigelegt werden, da sie als eine nicht von den gesetzgebenden Faktoren herrührende Privatarbeit nicht die Macht haben, das Gesetz zu deklarieren.[3])

[1]) Vgl. Motive I S. 145.
[2]) OLGRspr. 44/119.
[3]) Vgl. RGZ. 51|274 und Cosack a. a. O. S. 39.

Die Protokolle der Kommission für die zweite Lesung werden m. E. von den Gegnern des Generalkonsenses ebenfalls zu Unrecht als den Generalkonsens ablehnend zitiert.

Im Entwurf II war beantragt worden[1]), hinter § 67 Entw.[2]), folgende Bestimmung aufzunehmen:

> „Ein Minderjähriger, der mit Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters sich in einer Stellung befindet, in welcher er das zu seinem Lebensunterhalt und seiner Ausbildung Erforderliche selbst zu beschaffen hat, bedarf nicht der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zu Rechtsgeschäften, welche sich als zu solcher Beschaffung dienlich darstellen."

Mit diesem Antrag sollte dem sich in den oben geschilderten Verhältnissen befindlichen Minderjährigen eine berufliche Sonderstellung i. S. des § 67 Entw., demnach mit der Folge erweiterter Geschäftsfähigkeit, verbunden mit Prozessfähigkeit eingeräumt werden. Dies geht zwingend aus der ausdrücklichen Forderung hervor, die beantragte Bestimmung hinter § 67 und nicht hinter § 68 Entw., der nach der damaligen Ansicht der Verfasser des BGB lediglich Generalkonsens für vorliegend erklärte, einzuräumen.

Auch hier richten sich somit die Bedenken, die schliesslich zur Ablehnung dieses Antrags führten, nur gegen die mit der Einräumung erweiterter Geschäftsfähigkeit verbundene Gefahr für den Minderjährigen, keinesfalls aber gegen die Zulässigkeit genereller Einwilligung des gesetzlichen Vertreters. Bestimmte Anhaltspunkte für die Zulässigkeit des Generalkonsenses selbst lassen sich jedoch aus den Protokollen nicht entnehmen.

II. Da nach den bisher angestellten Betrachtungen eine direkte Regelung der Frage des Generalkonsenses durch den Gesetzgeber nicht getroffen wurde, bleibt weiter zu untersuchen, ob sich nicht eine indirekte Regelung der hier interessierenden Frage aus dem Verhältnis der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters i. S. des § 107 BGB zu anderen Bestimmungen des BGB ergibt.

---

[1]) Prot. I S. 66.

[2]) Hier nehmen, wie bereits oben ausgeführt wurde, die Motive den Standpunkt ein, dass dem Minderjährigen teilweise unbeschränkte Geschäftsfähigkeit verliehen würde.

1. In erster Linie kommen hier die §§ 112 und 113 BGB in Betracht. Sowohl Anhänger[1]) wie Gegner[2]) des Generalkonsenses stehen auf dem Standpunkt, dass zwischen der Ermächtigung i. S. der §§ 112 und 113 BGB und dem Generalkonsens ein Unterschied nicht bestehe. Hölder[3]), Lotmar[4]) und Pfäfflin[5]) erklären, die Ermächtigung sei Einwilligung für mehrere Verträge, die Einwilligung dagegen beziehe sich jeweils nur auf einen einzelnen Vertrag. Die Anhänger des Generalkonsenses ziehen sodann aus der allgemeinen Ermächtigung i. S. der §§ 112 und 113 BGB einen Analogieschluss für die Zulässigkeit des Generalkonsenses. Die Gegner des Generalkonsenses erklären, dass die §§ 112 und 113 BGB überflüssig wären, wenn der Muntwalt schlechthin berechtigt wäre, seine Einwilligung allgemein zu halten.

Diese Ansicht, die einen Unterschied zwischen Generalkonsens und der Ermächtigung i. S. der §§ 112 und 113 BGB bestreitet, ist indes m. E. nicht richtig. Denn der Minderjährige, der mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts vom gesetzlichen Vertreter ermächtigt ist, ein Erwerbsgeschäft selbständig zu betreiben, sowie der mit Ermächtigung des gesetzlichen Vertreters in Dienst oder Arbeit befindliche Minderjährige wird in diesem Rahmen unbeschränkt geschäftsfähig. Es wird demnach hier eine volle selbstständige Willensfähigkeit geschaffen, nicht wie bei der gemäss § 107 BGB erforderlichen Einwilligung des gesetzlichen Vertreters lediglich beschränkte Willensfähigkeit verstärkt.

So erklären Riezler[6]), v. Tuhr[7]), Planck[8]), Dernburg[9]), Biermann[10]), Zitelmann[11]), Janke[12]), Zeth[13]) sowie die Motive[14]), dem

[1]) Vgl. z. B. Hachenburg a. a. O. S. 455.

[2]) Vgl. z. B. v. Blume a. a. O. S. 455, Kistemaker a. a. O. S. 38 ff.

[3]) Hölder a. a. O. Erl. I zu § 112 BGB.

[4]) Lotmar a. a. O. I S. 255.

[5]) Pfäfflin in GruchBeitr. 48 S. 2.

[6]) Riezler in Staudinger's Kommentar Erl. 5 zu § 112 BGB und Erl. 3 zu § 113 BGB.

[7]) v. Tuhr a. a. O. S. 355.

[8]) Planck Erl. 1 zu § 112 BGB und Erl. 1 zu § 113 BGB.

[9]) Dernburg das Bürgerliche Recht Bd. I S. 407 ff.

[10]) Biermann a. a. O. S. 216.

[11]) Zitelmann das Recht des BGB A.T. S. 109.

[12]) Janke a. a. O. S. 34 ff.

[13]) Zeth a. a. O. S. 40.

[14]) Mot. I zu § 67 S. 142.

Minderjährigen werde durch die Ermächtigung i. S. der §§ 112 und 113 BGB innerhalb des ihm gestatteten Geschäftskreises die rechtliche Stellung eines Volljährigen eingeräumt. Crome [1]) spricht von einer kleinen Emanzipation des Schutzbefohlenen.

Der Umfang der Ermächtigung ist fest umrissen und kann, wenigstens bei § 112 BGB, vom gesetzlichen Vertreter nicht beschränkt oder gar wieder entzogen werden. Selbst ein gegenteiliger Wille des Ermächtigenden müsste unbeachtet bleiben. In den Fällen der §§ 112 und 113 BGB wird nach der hM. [2]) die Vertretungsmacht des gesetzlichen Vertreters gänzlich ausgeschaltet. Die wichtigste Folge der Ermächtigung i. S. der §§ 112 und 113 BGB ist aber, dass der Minderjährige insoweit auch im Gegensatz zum Generalkonsens prozessfähig wird [3]).

Da sonach die Ermächtigung i. S. der §§ 112 und 113 BGB von der generellen Einwilligung erheblich verschieden ist, so kann keine Rede davon sein, dass die §§ 112 und 113 BGB durch die Zulässigerklärung genereller Einwilligung überflüssig sind. Aus demselben Grunde ist es daher auch nicht angängig, die §§ 112 und 113 BGB zu einem Analogie- bezw. Umkehrschluss für die Zulässigkeit bezw. für die Unzulässigkeit genereller Einwilligung heranzuziehen.

2. Ein Hauptargument gegen die Zulässigkeit des Generalkonsenses wird sodann von den Gegnern desselben in der äusserst umstrittenen Bestimmung des § 110 BGB gesehen. So erklären u. A. Schwenk [4]), Grzebinasch [5]), Weiss [6]), Rosenhain [7]), Philipsborn [8]): Zwingend gegen die Zulässigkeit des Generalkonsenses spräche schon der Wortlaut des § 110 BGB. Aus den Worten „ein o h n e Z u s t i m m u n g des gesetzlichen Vertreters geschlossener Vertrag . . .“ gehe deutlich hervor, dass weder in der Ueberlassung von Mitteln an den Minderjährigen „zu diesem Zweck“ noch zu „freier Ver-

[1]) Crome a. a. O. S. 369 Anm. 44.

[2]) Vgl. u. A. Hueck-Nipperdey a. a. O. S. 120, Vogel a. a. O. S. 375, Planck Erl. 1 zu § 112 BGB, Riezler in Staudinger's Kommentar Erl. 5 zu § 112 BGB, Oertmann a. a. O. Erl. 5 zu § 112 BGB, Kipp a. a. O. § 71, Grzebinasch a. a. O. S. 35.

[3]) Vgl. Stein-Jonas a. a. O. zu § 52 CPO.

[4]) Schwenk a. a. O. S. 449 ff.

[5]) Grzebinasch a. a. O. S. 42.

[6]) Weiss a. a. O.

[7]) Rosenhain a. a. O. S. 76 ff.

[8]) Philipsborn a. a. O. S. 20.

fügung“ eine Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zu dem vom Minderjährigen abgeschlossenen obligatorischen Vertrag liege.

Wie jedoch im nächsten Paragraphen näher dargelegt wird, wollte der Gesetzgeber mit den Worten „ohne Zustimmung“ nicht zum Ausdruck bringen, dass in den Fällen des § 110 BGB überhaupt keine Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zu den obligatorischen Rechtsgeschäften des Minderjährigen vorliege, vielmehr bedeuten dieselben lediglich, dass hier eine ausdrückliche Zustimmung des gesetzlichen Vertreters nicht erforderlich ist, sondern dass die in der Ueberlassung der Mittel selbst liegende stillschweigende Zustimmung des gesetzlichen Vertreters genüge. Mit Recht erklärt das Reichsgericht[1]):

> „§ 110 BGB enthält keine Ausnahme von dem Grundsatz des § 107 BGB, wonach der Minderjährige zu einer Willenserklärung, durch welche er nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt, der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters bedarf. Er gestattet nur, der Sitte und dem Verkehrsbedürfnis Rechnung tragend, dass diese Einwilligung durch die Ueberlassung gewisser Mittel an den Minderjährigen vom Vertreter im allgemeinen erklärt wird. Das Wesentliche bleibt auch in den Fällen des § 110 BGB die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters“.

Weiter wird sodann aus der Existens des § 110 BGB die Unzulässigkeit genereller Einwilligung gefolgert. Denn, so erklären die Gegner des Generalkonsenses, wäre dieser zulässig, so wäre damit die Vorschrift des § 110 BGB überflüssig, da dann in der Ueberlassung von Mitteln an den Minderjährigen eine generelle Einwilligung zu erblicken wäre[2]).

Diese Auffassung trifft jedoch m. E. nicht zu. Denn auch bei Zulässigerklärung genereller Einwilligung des gesetzlichen Vertreters ist die Bestimmung des § 110 BGB keinesfalls überflüssig; sie bleibt vielmehr eine äusserst wertvolle Auslegungsvorschrift, da sie uns der im Einzelfalle oft nicht leichten Nachprüfung der Frage enthebt, ob die konkreten Umstände und Verhältnisse auf eine stillschweigende Zustimmung des gesetzlichen Vertreters schließen lassen[3].)

[1]) RGZ. 74 S. 234 ff.

[2]) Vgl. u. A. Schwenk a. a. O. S. 449 ff., v. Blume a. a. O. S. 445 ff., Grzebinasch a. a. O. S. 42, Rosenhain a. a. O. S. 76 ff., Weiss a. a. O.

[3]) Vgl. Riezler in DJZ. 1903 S. 566.

Bei der in der Ueberlassung von Mitteln an den Minderjährigen zu freier Verfügung[1]) gemäss § 110 BGB liegenden Zustimmung des gesetzlichen Vertreters dürfte es sich m. E. überhaupt nicht um Generalkonsens im eigentlichen Sinne handeln. Denn der Gesetzgeber hat in § 110 BGB die Frage der generellen Einwilligung zu Bargeschäften des Minderjährigen geregelt, ohne zu der Frage Stellung zu nehmen, ob auch Kreditgeschäfte des Minderjährigen zulässig sind. Letztere fallen aber, wie später darzulegen sein wird, ebenfalls unter die im Rahmen des Generalkonsenses getätigten Rechtsgeschäfte des Minderjährigen. Die Bestimmung des § 110 BGB stellt somit eine Einzelregelung für Bargeschäfte des Minderjährigen dar, ohne Erledigung des Für und Wider des Generalkonsenses. Die Vorschrift des § 110 BGB ist daher weder geeignet, zu einem Analogie- noch zu einem Umkehrschluss herangezogen zu werden.

3. Von Blume[2]), ferner Weiss[3]), berufen sich zum Beweis dafür, dass die gemäss § 107 BGB erforderliche Einwilligung des gesetzlichen Vertreters nur speziell erfolgen könne auf die Bestimmungen der §§ 1821, 1822 BGB, in welchen der gesetzliche Vertreter der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf. Sie ziehen daraus, dass diese Genehmigung des Vormundschaftsgerichts lediglich in den in § 1825 BGB aufgeführten Fällen generell erfolgen kann, im übrigen aber speziell erteilt werden muss, einen Rückschluss auf die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters i. S. des § 107 BGB, da beiden Bestimmungen derselbe Gedanke zu Grunde liege[4]). Und zwar sieht Blume[5]) und ihm folgend Kistemaker in der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters nach § 107 BGB ebenso, wie in der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts oder des Gegenvormunds eine obrigkeitliche Anordnung, da sie der Vater wie der Vormund kraft Amtsgewalt erteile.

Was nun zunächst die Rechtsnatur der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters anbelangt, so verkennen die obengenannten

[1]) In den Fällen des § 110 BGB, in welchen Mittel zu einem bestimmten Zweck überlassen werden, wird regelmässig eine spezielle Einwilligung des gesetzlichen Vertreters vorliegen.

[2]) v. Blume a. a. O. S. 443.

[3]) Weiss a. a. O.

[4]) Das Mündel werde generell nicht für reif genug, der Vormund nicht für umsichtig und vorsichtig genug gehalten.

[5]) v. Blume a. a. O. S. 434, Kistemaker a. a. O. S. 31.

Autoren das Wesen der öffentlich-rechtlichen Erklärung. Sie verwechseln den Rechtsgrund der Zustimmung und die Ausübung der Zustimmung [1]). Der gesetzliche Vertreter gibt seine Zustimmungserklärung in seiner Eigenschaft als Privatperson genau so, wie jede andere Erklärung, die sein eigenes Vermögen betrifft, ab. Er handelt nicht vice legis [2]), sondern vi legis mit der Wirkung, dass die Handlung des Minderjährigen durch die ihm vom Gesetz verliehene Macht [3]) rechtswirksam wird. Zwingend spricht für die Privatrechtsnatur der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters, dass es gegen dieselbe nicht wie gegen die Anordnung des Vormundschaftsgerichts ein Rechtsmittel in Form einer Beschwerde gibt. Es ist, mag der gesetzliche Vertreter noch so leichtsinnig mit dem Vermögen des Minderjährigen wirtschaften, und diesem die unnötigsten Luxusausgaben gestatten, keine Möglichkeit vorhanden, diesen Rechtsgeschäften des Minderjährigen die Rechtswirksamkeit zu nehmen. Der Minderjährige ist lediglich auf Schadenersatzansprüche gegen den gesetzlichen Vertreter beschränkt.

Sodann ist aber auch der Vergleich der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung mit der gemäss § 107 BGB erforderlichen Einwilligung des gesetzlichen Vertreters nicht geeignet, die Unzulässigkeit genereller Einwilligung des Vertreters zu begründen.

Denn sehen wir uns einmal die in den §§ 1821 und 1822 BGB aufgeführten Fälle, in denen nur spezielle Genehmigung des Vormundschaftsgerichts möglich ist, näher an, so finden wir, dass sie alle für den Minderjährigen von einschneidendster Bedeutung, sowohl für die Person als auch für das Vermögen des Minderjährigen sind. (Vgl. z. B. die Verfügung über ein Grundstück oder über das ganze Vermögen des Minderjährigen). In diesen folgenschweren Fällen ist es durchaus verständlich, dass in jedem einzelnen derselben die spezielle Zustimmung des Vormundschaftsgerichts erforderlich ist, da manchem gesetzlichen Vertreter die zur Vornahme dieser Rechtsgeschäfte unbedingt erforderliche Erfahrung fehlen wird. Sobald es sich aber um normale, regelmässig wiederkehrende Fälle handelt, ist generelle Genehmigung durch das Vor-

[1]) Vgl. Grzebinasch a. a. O. S. 20.

[2]) Dies nimmt v. Blume a. a. O. S. 435 an.

[3]) Diese Rechtsmacht ist, wie Breit im ZBlFG. 1904 S. 390 richtig bemerkt, nicht unmittelbar Ausfluss der Blutsverwandschaft, vielmehr konstruiert das Gesetz künstlich ein Medium, die elterliche Gewalt.

mundschaftsgericht zulässig (§ 1825 BGB). Um solche Regelfälle handelt es sich aber ebenfalls bei den unter den Generalkonsens in dem hier verstandenen Sinne fallenden Rechtsgeschäften, welche hauptsächlich die Bedürfnisse des Minderjährigen im täglichen Leben befriedigen sollen. Denn, dass der Vormund den Minderjährigen in den Fällen, in welchen er selbst der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf, nicht generell ermächtigen kann, ist selbstverständlich. Auch kann der Generalkonsens nicht alle beliebigen Rechtsgeschäfte des Minderjährigen umfassen, sondern ist auf Rechtsgeschäfte einer bestimmten Art, oder auf Rechtsgeschäfte, die einem bestimmten Zwecke dienen, zu beschränken. Denn sonst könnte der gesetzliche Vertreter auf diese Art und Weise jegliche eigene Verantwortung umgehen und dieselbe ganz auf das Mündel abwälzen, dem damit eine dem Volljährigen ähnliche Stellung eingeräumt würde.

Die im Rahmen des so verstandenen Generalkonsenses getätigten Rechtsgeschäfte des Minderjährigen können aber von einem gesetzlichen Vertreter, welcher sein Amt gewissenhaft versieht, voll und ganz überblickt werden. Sie stellen, wie nicht verkannt werden sollte, von den in den §§ 1821 und 1822 BGB aufgezählten Fällen völlig anders geartete Rechtsgeschäfte dar, welche Normalfälle des täglichen Lebens betreffen, während die Rechtsgeschäfte der §§ 1821, 1822 BGB Ausnahmecharakter tragen.

Man kann daher den Umstand, dass die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung in den Fällen der §§ 1821, 1822 BGB grundsätzlich nur speziell erteilt werden kann, nicht analog auf die gemäss § 107 BGB erforderliche Einwilligung des gesetzlichen Vertreters übertragen.

Dagegen gibt uns umgekehrt der Umstand, dass in der Vormundsbestellung eine amtliche generelle Vorauszustimmung zu grundsätzlich allen normalen Rechtsgeschäften liegt[1]), gewisse Anhaltspunkte dafür, dass auch das Mündel vom gesetzlichen Vertreter zu Rechtsgeschäften einer bestimmten Art, für welche es vom gesetzlichen Vertreter für geeignet gehalten wird, oder zu Rechtsgeschäften, die einen bestimmten vom Vormund gebilligten Zwecke dienen, grundsätzlich generell ermächtigt werden kann, und dass

[1]) Vgl. hierzu u. A. Siber a. a. O. S. 141, Mitteis a. a. O. S. 184.

nur zu solchen Rechtsgeschäften, welche Ausnahmecharakter tragen, die spezielle Einwilligung des gesetzlichen Vertreters erforderlich ist.

4. Eine höchst eigenartige Auffassung vertritt Rosenhain [1]), der glaubt, die Zulässigkeit des Generalkonsenses am einfachsten von dem Standpunkt aus verneinen zu können, dass man das Zustimmungsgeschäft lediglich als Rechtsgeschäftbestandteil auffasse. Denn es sei nicht recht erklärbar, dass eine nur einmal geäusserte Willenserklärung Bestandteil der verschiedensten Rechtsgeschäfte werden könne, welche der Zustimmende gar nicht kenne.

Jedoch abgesehen davon, dass die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters nicht lediglich als unselbständiger Rechtsgeschäftsbestandteil [2]), sondern als selbständiges abstraktes Rechtsgeschäft [3]) anzusehen ist, muss die Ansicht Rosenhains, ein Glanzstück der Begriffsjurisprudenz, als unhaltbar bezeichnet werden. Rosenhain benützt Vorstellungen der Körperwelt, um juristische Vorgänge darzustellen. Er zieht aber aus dieser Darstellung auch praktische Schlüsse ohne die Begriffsvertauschung zu bemerken. Dahinter verbirgt sich weiter der Glaube aus einer begrifflichen Konstruktion im Wege logischer Deduktion neue Rechtssätze bilden zu können. Aber selbst von diesen methodischen Grundirrtum abgesehen ist die Behauptung, dass die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters nicht Bestandteil ungezählter Rechtsgeschäfte sollte werden können, vollkommen lebensfremd und ein vernünftiger Grund für sie gar nicht einzusehen, zumal ja die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters ebenso, wie die Vollmacht i. S. der §§ 164 ff. BGB lediglich des Zugehens bei dem das zustimmungsbedürftige Hauptrechtsgeschäft Abschliessenden, nicht dagegen des Zugehens bei dessen Vertragsgegner bedarf. Mit Recht ist daher völlig unbestritten, dass die Vollmacht generell erteilt werden kann.

[1]) Rosenhain a. a. O. S. 76 ff.

[2]) So Curtius a. a. O. S. 78, der leugnet, dass die Zustimmung selbständiges Rechtsgeschäft sei, da die Selbständigkeit sich weder von theoretischen noch praktischen Gesichtspunkten aus rechtfertigen lasse. Vgl. auch Crome a. a. O. 1 § 105, Mitteis a. a. O. S. 109, Lenel in DogmJahrb. 36 S. 14 ff., 25 ff. Bei Unterstellung der Richtigkeit dieser Ansicht wäre jedoch unerfindlich, weshalb die Zustimmung als solche sämtlichen Vorschriften über die Willenserklärungen genügen muss.

[3]) So u. A. Manigk a. a. O. S. 732 Anm. 851, Rosenberg a. a. O. S. 607, Breit a. a. O. S. 207 ff., Zeth a. a. O. S. 31, Schröder a. a. O. S. 44, Prot. I S. 358, Isay a. a. O. S. 211.

5. Von verschiedenen Autoren wird weiter zur Begründung der Zulässigkeit generellen Konsenses des gesetzlichen Vertreters die allgemein anerkannte Generalvollmacht zum Vergleiche herangezogen.

So ist man z. B. auf den Gedanken verfallen, die entsprechende Anwendbarkeit der Generalvollmacht auf folgende Weise zu konstruieren: So gut der Vormund selbst an Stelle des Mündels handeln[1]) könne, könne er sich hierbei auch vom Mündel, dem er generelle Vollmacht erteile, vertreten lassen.

Diese Konstruktion, die bereits v. Blume[2]), als viel zu kompliziert, schwerlich mit dem Willen des Gesetzgebers vereinbar erklärt hat, scheitert jedoch vor allem an dem durch § 181 BGB ausdrücklich erklärten Verbot des Setbstkontrahierens.

Zitelmann[3]) erklärt, die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters sei der Vollmacht parallel und unterliege daher auch gleicher gesetzlicher Behandlung. Es sei, da das Gesetz nichts Gegenteiliges sage, selbstverständlich, dass der gesetzliche Vertreter Ermächtigungen zu Rechtsgeschäften nicht nur speziell sondern auch generell erteilen könne.

Im Gegensatz zu Kohler[4]), Endemann[5]), Romeick[6]), ferner dem Reichsgericht[7]), die eine Wesensgleichheit zwischen Zustimmung und Bevollmächtigung überhaupt verneinen, da die Bevollmächtigung zu einem im Namen des Vollmachtgebers, die Zustimmung dagegen zu einem im Namen des Ermächtigten abzuschliessenden Rechtsgeschäfte erteilt werde, wird man zwar eine Verwandtschaft der juristischen Konstruktion der beiden Rechtsinstitute nicht leugnen

[1]) Dem gesetzlichen Vertreter steht es grundsätzlich frei, ob er das in Frage stehende Rechtsgeschäft im Namen des Mündels als dessen Vertreter mit unmittelbarer Wirkung für und gegen dieses abschliessen will, oder aber, ob er lediglich seine Zustimmung zu dem vom Mündel selbst abgeschlossenen Rechtsgeschäft erteilen will. In einigen im Gesetz ausdrücklich bestimmten Fällen ist jedoch die Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters lediglich in letzterer Form möglich. Vgl. z. B. die §§ 1437, 1728, 2274, 2275 BGB, vgl. ferner Crome a. a. O. IV § 5 Anm. 48 ff.

[2]) v. Blume a. a. O. S. 434.

[3]) Zitelmann, die Rechtsgeschäfte im Entw. eines BGB S. 50 und S. 67.

[4]) Kohler a. a. O. S. 437.

[5]) Endemann a. a. O. S. 404.

[6]) Romeick in Württ. Jahrb. 12 S. 128 ff., 148 ff.

[7]) Vgl. z. B. RGZ 53|274.

können[1]). Denn abgesehen davon, dass das Gesetz in § 182 ff. BGB hezüglich der Einwilligung in keiner Weise das Erfordernis aufstellt, dass das Hauptrechtsgeschäft im eigenen Namen des Ermächtigten abgeschlossen werden müsse, sprechen doch folgende Gründe zwingend gegen die von den obigen Autoren vertretene Auffassung. Allgemein anerkannt ist, dass ein Unterschied zwischen der nachträglichen Zustimmung des Geschäftsherrn zu dem von einem vollmachtlosen Vertreter abgeschlossenen Rechtsgeschäft und der nachträglichen Zustimmung im allgemeinen nicht besteht[2]), werden doch auch beide als Genehmigung bezeichnet. Unerfindlich ist daher, inwiefern die vorher erteilte Zustimmung von der Bevollmächtigung wesensverschieden sein soll. Die Erklärung, die der Zustimmende sowohl bei der Einwilligung, als auch bei der Bevollmächtigung abgibt, bleibt dieselbe, sie verändert sich nicht durch die Verschiedenheit des Hauptrechtsgeschäfts. Auch die Wirkung ist in beiden Fällen dieselbe: Der Zustimmende ist immer an das Rechtsgeschäft, dem er zustimmt, gebunden. Mit Recht sagt daher Bähr[3]): „Ob ich jemand ermächtige, eine Schuld für mich einzunehmen, oder einen Baum in meinem Garten zu fällen, die Ermächtigung bleibt immer dieselbe."

Aus der hier vertretenen Auffassung, dass die Vollmacht zu den Zustimmungsgeschäften zu rechnen ist[4]), folgt, dass die Vorschriften der Vollmacht zwar grundsätzlich auf die Zustimmungsgeschäfte[5]) analog übertragbar sind. Die entsprechende Uebertragbarkeit der Vollmachtsvorschriften auf die Zustimmungsgeschäfte muss jedoch da ihre Grenze finden, wo der Sinn und der Zweck des Gesetzes eine Abweichung verlangt.

---

[1]) Vgl. z. B. Rosenberg a. a. O. S. 128, Motive I S. 246, v. Tuhr a. a. O. II 2 S. 378, Dernburg in Heidelb. Krit. Zeitschr. I 19, Isay „Geschäftsfähigkeit" S. 187 ff., Breit „Geschäftsfähigkeit" S. 207, Hupka a. a. O. S. 22 ff., Hölder a. a. O. zu § 167 BGB, Oertmann a. a. O. zu § 167 BGB.

[2]) Vgl. u. A. Regelsberger Pand. I S. 582, 596 ff., Hellmann a. a. O.

[3]) Bähr in KrVJSchr. 30 S. 341.

[4]) Staub zu § 58 HGB Anm. 2 definiert die Bevollmächtigung folgendermassen: „Vollmacht ist die im voraus erteilte Zustimmung zu dem vom Bevollmächtigten vorzunehmenden Rechtsgeschäfte."

[5]) Die allgemeinen Vorschriften der §§ 182 ff. werden von der allgemeinen Ansicht auf die gemäss § 107 BGB erforderliche Einwilligung des gesetzlichen Vertreters entsprechend angewandt.

Der Ansicht Rosenbergs [1]), der, von der abstrakten Natur der Zustimmung und der Bevollmächtigung ausgehend, erklärt: „Die Frage, ob der Vormund eine generelle Einwilligung geben darf, ist nicht aus dem Zweck des Rechtsinstituts zu beantworten" kann daher nicht beigestimmt werden, vielmehr ist bei Beantwortung der hier interessierenden Frage immer auf das zugrundeliegende Rechtsverhältnis zurückzugreifen [2]).

Von diesem Gesichtspunkt aus kommen wir zu dem Ergebnis, dass das Gesetz eine Generalvollmacht zu allen beliebigen Rechtsgeschäften des Machtgebers zulässt (Prokura etc.), da es der Gesetzgeber dem Einzelnen freistellen will, über sein Vermögen frei zu disponieren.

Anders verhält es sich dagegen mit der gemäss § 107 BGB erforderlichen Einwilligung des gesetzlichen Vertreters. Diese schreibt der Gesetzgeber deshalb vor, damit der gesetzliche Vertreter den Minderjährigen kraft seines amtlichen Aufsichtsrechts vor den dem Minderjährigen infolge seiner mangelnden geistigen Reife und Geschäftserfahrung im Verkehrsleben drohenden Gefahren bewahre. Mit diesem Schutzprinzipe [3]) des Minderjährigen ist aber eine analoge Uebertragung der Generalvollmacht auf die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters gemäss § 107 BGB unvereinbar. Denn die Zulässigkeit analoger Uebertragung der Generalvollmacht würde dahin führen, dass der gesetzliche Vertreter, wie bereits oben erwähnt, jede Verantwortung von sich auf das Mündel abwälzen könnte.

III. Aus dem Vergleich mtt verwandten Bestimmungen des Gesetzes haben sich sonach keine Anhaltspunkte für die Unzulässigkeit des Generalkonsenses in beschränktem Umfang, vielmehr umgekehrt solche für dessen Zulässigkeit ergeben. Die entscheidende Bedeutung muss jedoch der gegenseitigen Interessenlage einmal auf Seiten des Minderjährigen, sodann auf Seiten des Verkehrs beigemessen werden.

1. Was nun zunächst die Interessenlage auf Seiten des Minderjährigen anbelangt, so steht hier der Schutzgedanke des Minder-

[1]) Rosenberg a.a.O. S. 131 Note 2.

[2]) Auch Rosenberg kommt bei Untersuchung der Frage der Zulässigkeit des Generalkonsenses letzten Endes auf den Zweck zurück, da er hier auf die Stellung des Muntwalts zum Mündel abstellt.

[3]) Dieses Schutzprinzip hebt besonders Breit „die Geschäftsfähigkeit" ausführlich hervor.

jährigen entschieden im Vordergrunde. Die §§ 107 ff. BGB sind völlig von der Idee des Schutzes des Minderjährigen beherrscht, der durch das Erfordernis der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters gemäss § 107 BGB vor den Gefahren des Wirtschaftslebens bewahrt werden soll. So erklären die Motive[1]):

> „Minderjährige, welche das siebte Lebensjahr zurückgelegt haben, sind zwar willenskräftig, besitzen aber nicht den Grad geistiger Reife und geschäftlicher Erfahrung, welcher erforderlich ist, um ungefährdet im Verkehrsleben auftreten zu können."

Sonach bedeutet die Geschäftsbeschränktheit für den Minderjährigen einen Vorteil.

2. Auf der anderen Seite stehen die Verkehrsinteressen. Dass dieselben im Vergleich zu den Interessen des Minderjährigen weniger geschützt sind, geht schon daraus hervor, dass eine dem § 122 BGB analoge Bestimmung, die im Interesse der Verkehrssicherheit dem auf die Rechtswirksamkeit der gegnerischen Willenserklärung Vertrauenden einen Anspruch auf Ersatz des Vertrauensinteresses zubilligt, fehlt. Die Verkehrsinteressen müssen sonach immer dann hinter die Interessen des Minderjährigen zurücktreten, wenn sie mit dem Schutzprinzipe des Minderjährigen nicht in Einklang zu bringen sind. Mit diesem Grundprinzip des BGB unvereinbar und daher abzulehnen ist die Ansicht Bähr's[2]), der erklärt: „Besser ist es, dass der leichtsinnige Student oder dessen Eltern als der gutgläubige Dritte geschädigt werde."

3. Der Schutz des Minderjährigen geht andererseits auch nicht weiter, als die Interessen desselben unbedingt erfordern. Von den Gegnern des Generalkonsenses wird nun durchweg behauptet, die Zulässigerklärung desselben stehe im krassen Widerspruch mit dem vom Gesetzgeber verfolgten Schutzprinzip des Minderjährigen. So erklärt Grzebinasch[3]) nach dem Vorbild von Blume's[4]):

> „Der Minderjährige ist generell nicht reif genug, die Verantwortung allein zu tragen; nur wenn der gesetzliche

[1]) Motive I S. 131.

[2]) Bähr zitiert in der Zusammenstellung der gutachtlichen Aeusserungen z. Entw. eines BGB S. 124.

[3]) Grzebinasch a. a. O. S. 22.

[4]) v. Blume a a. O. S. 443 ff.

Vertreter die Zustimmung zu einem speziellen Geschäfte gibt, kann er die für den Minderjährigen entspringenden Rechtsfolgen überblicken, während er bei genereller Zustimmung dem Minderjährigen allein die Verantwortung aufbürdet."

Richtig ist an dieser Ansicht nur, dass der Minderjährige nicht generell zum Abschluss aller beliebigen Rechtsgeschäfte[1]) ermächtigt werden kann, da er hierfür zweifellos nicht reif genug ist. Letzteres kann jedoch für die im Rahmen des eingeschränkten Generalkonsenses getätigten Rechtsgeschäfte schlechterdings nicht behauptet werden. Hierunter sind einmal, wie bereits oben erwähnt, Rechtsgeschäfte einer bestimmten Art, welche der gesetzliche Vertreter der Veranlagung und der Reife des Mündels anzupassen hat (z. B. Briefmarken — Schmetterlings- oder Münzensammlung), ferner Rechtsgeschäfte, die einem vom gesetzlichen Vertreter gebilligten Zwecke dienen (z. B. Studium), zu verstehen. Bei diesen Rechtsgeschäften handelt es sich meist um Normalfälle des täglichen Lebens von untergeordneter Bedeutung oder um solche Rechtsgeschäfte, welche ein Gebiet betreffen, auf welchem der Minderjährige besondere Erfahrung und Fachkenntnis besitzt.

Allen diesen Rechtsgeschäften ist aber der Minderjährige voll und ganz gewachsen. Dies war wie wir bereits oben sahen, schon im gemeinen Recht allgemein anerkannt und muss erst recht für die heutigen Verhältnisse gelten. Denn der Minderjährige macht heute schon von klein an eine ganz andere Erziehung mit als früher. Er wird schon in der Schule zur Selbständigkeit erzogen und mit den wichtigsten Wirtschaftsfragen vertraut gemacht. Oft steht dann schon der 14 bis 15 jährige Minderjährige und zwar sowohl der junge Mann wie das junge Mädchen, durch die Not des Volkes gezwungen, im Geschäftsleben. Die Beteiligung der Jugend am Wirtschaftsleben ist gegenüber früheren Zeiten erheblich stärker und zwar aus allen Schichten des Volkes. So ist z. B. der Werkstudent, der in harter Arbeit die Mittel zum Studium selbst verdienen muss, ein typisches Zeichen unserer Zeit.

Hand in Hand mit dieser regeren Betätigung der heutigen Jugend auf wirtschaftlichem Gebiete geht diejenige auf politischem und kulturellen Gebiete. Der Horizont des Minderjährigen ist ge-

[1]) Vgl. hierzu u. A. v. Tuhr II 1 S. 346 Note 79.

genüber früher wesentlich erweitert. Der Minderjährige ist schon von frühester Jugend an mit den Gepflogenheiten und den Regeln des Geschäftslebens vertraut.

Dieser Wandel hat sich auch rechtlich ausgewirkt. So wurde der Eintritt der Wahlfähigkeit nach der RVerf. v. 11. VIII. 1919 Art. 22 bereits auf das 20. Lebensjahr festgelegt. Keinesfalls angängig ist es nun aber — dahin würde die Ablehnung des Generalkonsenses führen — zu erklären, der Minderjährige sei reif genug, die äusserst komplizierten wirtschaftlichen und politischen Vorgänge zu erfassen und über das Wohl und Wehe seines Vaterlandes mitzuentscheiden, dagegen sei er nicht reif genug, um generell zu Rechtsgeschäften, die einem bestimmten Zwecke dienen, oder zu Rechtsgeschäften einer bestimmten, seiner Reife und Veranlagung angepassten Art ermächtigt zu werden.

Selbst wenn daher bei Inkrafttreten des BGB je Bedenken gegen die Zulässigkeit des Generalkonsenses vorhanden gewesen sein sollten, was jedoch, wie wir oben sahen, nicht der Fall sein dürfte, so könnten dieselben angesichts dieses Wandels im Recht nicht aufrecht erhalten werden.

So wird auch Eckart[1]), der zwar zu dem Ergebnis kommt, dass der gesetzliche Vertreter seiner Aufgabe, den Minderjährigen vor Schaden zu bewahren, „naturgemäss“ nur gerecht werden könne, wenn er die Einwilligung speziell zu jedem einzelnen Geschäft erteilt, das Gefühl nicht los, dass die Forderung des Gesetzes „unzweifelhaft“ eine unbillige Erschwerung darstelle, welcher das Gesetz durch die §§ 112 und 113 BGB Rechnung trage.

Eine „unzweifelhaft“ unbillige Erschwerung kann jedoch vom Gesetzgeber nicht „naturgemäss“ gewollt sein. Auch trägt der Gesetzgeber dieser Erschwerung durch die §§ 110, 112 und 113 BGB nicht Rechnung. Denn, wie wir oben sahen, stellt § 110 BGB lediglich auf die vom Minderjährigen mit überlassenen Mitteln erfüllten Bargeschäfte ab, während die §§ 112 und 113 BGB lediglich für die in ihnen erwähnten Sondergruppen eingreifen und ihres vom Generalkonsens verschiedenen Charakters wegen weder zu einem Analogie- noch zu einem Umkehrschluss herangezogen werden können. Soviel beweisen uns aber diese Bestimmungen immerhin, dass das Gesetz, wenn es die Interessen des Minderjährigen

[1]) Eckart a. a. O. S. 14.

verlangen, sogar soweit geht, dass es ihm sogar teilweise unbeschränkte Geschäftsfähigkeit einräumt. A maiore ad minus ist aber hieraus zu schliessen, dass der Gesetzgeber auch den Generalkonsens für zulässig erklärt, wenn es mit den Interessen des Minderjährigen vereinbar ist.

Dass Letzteres aber der Fall ist, haben wir bereits oben gesehen, sollen uns aber ausserdem einige Beispiele des täglichen Lebens zeigen.

Tritt ein Minderjähriger mit Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters in einen nichtrechtsfähigen Verein, z. B. in eine studentische Korporation, ein, so müsste der Minderjährige nach der gegnerischen Ansicht bei jedem einzelnen Rechtsgeschäfte, das er in Ausübung seines Mitgliedschaftsrechts vornimmt, die Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters einholen [1]). Es würde, wie auch in der bei Mugdan-Falckmann 1907 S. 324 zitierten OLGEntsch. mit Recht ausgeführt ist, zu einer im Verkehr unerträglichen Hemmung des Vereinslebens führen, wenn bei jeder durch Abstimmung der Mitglieder erfolgenden Bildung eines Gesamtwillens noch die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters treten müsste, um den vom Standpunkt der Gegenseite aus unwirksamen Beschluss voll wirksam zu machen. Unter solchen Umständen liesse sich ein ordentlicher Vereinsbetrieb (man denke z. B. an eine studentische Korporation) nicht aufrecht erhalten. Ganz abgesehen davon, dass das Verlangen spezieller Einwilligung sich vorliegenden Falls schon praktisch gar nicht durchführen liesse [2]), wäre die unvermeidliche Folge die, dass ein Verein minderjährige Mitglieder gar nicht mehr aufnehmen könnte, oder sie aber von der Abstimmung ausschliessen müsste, sie also keinesfalls als vollgültige Mitglieder anerkennen könnte. Beides wäre aber den Interessen des Minderjährigen äusserst nachteilig. Man wird denselben nur gerecht werden, wenn man in der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zum Eintritt des Minderjährigen in den Verein eine gültige generelle Einwilligung zu allen Rechtsgeschäften sieht, welche die Ausübung des Mitgliedschaftsrechts mit sich bringt.

---

[1]) Denn meistens wird es sich hierbei um Geschäfte handeln, die vom Minderjährigen nicht sofort erfüllt werden, sodass § 110 BGB nicht zum Zug kommt.

[2]) So, wenn der gesetzliche Vertreter z. B. in Berlin wohnt und der Minderjährige Mitglied einer studentischen Korporation in Tübingen ist.

Weiter müsste z. B. ein minderjähriger Student, der, wie es an kleinen Universitätsstädten üblich ist, ein Zimmer für das ganze Semester gemietet hat, jederzeit damit rechnen, dass ihn seine Hausfrau vor die Tür setzt, da wohl in den wenigsten Fällen die Miete für das ganze Semester vorausbezahlt wird, oder der Minderjährige die Genehmigung seines Vertreters besonders einholt.

Sinnwidrig und Praktisch überhaupt nicht durchführbar wäre es, wenn beispielsweise ein finanziell gutstehender Minderjähriger, welcher sich mit Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters ein Telefon einrichten lässt, nach der gegnerischen Auffassung bei jedem einzelnen Telefongespräch, das er führen will, die vorherige Zustimmung des gesetzlichen Vertreters einholen müsste, da er sich sonst der Postverwaltung gegenüber mit Erfolg auf die Unwirksamkeit des Vertrags berufen könnte. Die Folge der konsequenten Durchführung des Standpunkts der Gegenseite wäre auch hier, dass sich die Postverwaltung auf ein derart riskantes Geschäft, wie es ein solches mit einem Minderjährigen darstellen würde, nicht einlassen könnte, was keinesfalls mit den Interessen des Minderjährigen vereinbar wäre. Auch hier wird man, der Interessenlage entsprechend, unbedingt eine in der Erteilung der Erlaubnis zur Einrichtung des Telefons liegende gültige generelle Einwilligung zu den in der Folge vom Minderjährigen geführten einzelnen Telefongesprächen erblicken müssen.

Diese wenigen, dem praktischen Leben entnommenen Beispiele, die sich mühelos unbegrenzt vermehren lassen, zeigen uns ebenfalls, dass der Generalkonsens in der oben dargelegten Beschränkung auf einen bestimmten Kreis von Rechtsgeschäften oder auf Rechtsgeschäfte, die bestimmte Interessen des Minderjährigen fördern, mit dem im BGB zum Ausdruck gebrachten Schutzprinzip nicht nur vereinbar sind, sondern dass die Interessen des Minderjährigen und erst recht die des Verkehrs die Zulassung des eingeschränkten Generalkonsenses geradezu erheischen. Zutreffend erklärt Riezler[1]):

> „Behält man im Auge, dass eine Verstärkung des Interessenschutzes des Minderjährigen sich regelmässig nicht vollziehen kann, ohne eine gewisse Schwächung der Bewegungsfreiheit der Handelswelt, so dürfte es

[1]) Riezler in DJZ 1903 S. 124.

kaum geraten erscheinen, die ohnehin schon engen Grenzen der Verfügungsfreiheit des Minderjährigen durch eine vom Gesetz nicht strikt geforderte Auslegung seiner Bestimmungen noch enger zu ziehen."

Die Zulässigkeit des Generalkonsenses ist nicht auf Bargeschäfte zu beschränken[1]), vielmehr sind auch Kreditgeschäfte in dem oben dargelegten Rahmen zulässig, sofern sie eine bestimmte, den Vermögensverhältnissen und der Lebenshaltung des Minderjährigen angepasste Höhe nicht überschreiten. Zu eng erscheint mir die Ansicht von Enneccerus-Nipperdey[2]), die Kreditieren nur zulassen, wenn eine dahingehende Absicht des gesetzlichen Vertreters durch besondere Gründe gerechtfertigt erscheine. Rehbein[3]) will Kreditieren sogar erst dann zulassen, wenn der Minderjährige mittellos gelassen wird. Diese Einschränkungen tragen den Bedürfnissen des Lebens keine Rechnung, zumal sich gerade in jüngster Zeit der Geschäftsverkehr in ganz bedeutendem Umfang auf Kreditgewährung umgestellt hat.

IV. Mit der hier vertretenen Auffassung der Zulässigkeit des eingeschränkten Generalkonsenses stimmt auch die wirkliche Lebensgewohnheit überein. So hat sich, da es sich mit den Verkehrsinteressen nicht vertrug, dass der Minderjährige selbst zu dem unbedeutendsten Rechtsgeschäft die spezielle Einwilligung des Vertreters einholen sollte, und ferner die Zulässigkeit des Generalkonsenses in der obigen Einschränkung für den Minderjährigen keinerlei Gefahr bedeutete, zwischen den beteiligten Kreisen ein übereinstimmendes Werturteil gebildet, das den eingeschränkten Generalkonsens für zulässig erklärt. Diese Uebereinstimmung geht sogar soweit, dass sich die im täglichen Leben in zahllosen Fällen abspielenden Rechtsgeschäfte Minderjähriger alle glatt und reibungslos abwickeln, sodass sich die Gerichte mit Streitfällen dieser Art seither fast kaum befassen mussten.

Die über die Frage des Generalkonsenses vorhandene, allerdings äusserst spärliche Rechtsprechung stellt sich grundsätzlich

[1]) In diesem Umfang lässt auch v. Blume a.a.O. S. 452 den Generalkonsens zu.

[2]) Enneccerus-Nipperdey a.a.O. § 143 I.

[3]) Rehbein a.a.O. Anm. 4 zu § 107 BGB S. 113.

ebenfalls auf den oben vertretenen Standpunkt der Zulässigkeit eingeschränkten Generalkonsenses.

So hat sich die bei Mugdan-Falckmann 1907 S. 324 zitierte OLGEntsch. in Uebereinstimmung mit einem Erkenntnis des OLG Hamburg[1]) v. 8. IV. 1924, welches oben im Wortlaut zitiert ist, für Zulässigkeit des Generalkonsenses ausgesprochen. Die letztere Entscheidung kommt sogar zum Ergebnis, dass in Deutschland eine solche Verkehrsanschauung zweifellos bestehe.

In einer Entscheidung vom 16. XII. 1902[2]) hat allerdings das OLG Frankfurt den entgegengesetzten Standpunkt eingenommen, und zwar mit folgender Begründung:

> „Rechtsverbindlich ist die Genehmigung des § 108 Abs. 3 BGB, wenn sie abgegeben wird in Bezug auf ein konkretes einzelnes Rechtsgeschäft. Das folgt vor allem aus der Erwägung, dass das alte[3]) wie das neue Recht eine Genehmigung des Vertreters für das konkrete Rechtsgeschäft fordert, während es die generelle Genehmigung nur als Ausnahme anerkennt, nämlich in den Fällen der §§ 112, 113 BGB."

Diese Entscheidung steht und fällt jedoch mit der Auffassung, dass die Ermächtung i. S. der §§ 112 und 113 BGB gleichbedeutend mit genereller Einwilligung sei. Dass diese Auffassung indes nicht zutrifft, wurde schon verschiedentlich dargetan.

Das Reichsgericht hat zwar in der einzigen über das hier interessierende Problem vorhandenen Entscheidung[4]) erklärt, dass § 110 BGB keine Ausnahme von dem Grundsatz des § 107 BGB darstelle, hat jedoch im übrigen zu der Frage des Generalkonsenses selbst keine Stellung genommen. Diese Entscheidung kann daher nicht, wie verschiedentlich versucht, zum Beweis für, keinesfalls aber gegen die Zulässigkeit des Generalkonsenses herangezogen werden.

V. Zur Begründung der Zulässigkeit bezw. Unzulässigkeit des Generalkonsenses hat die einschlägige Literatur, wie wir oben sahen, die verschiedensten Gesichtspunkte herangezogen, ohne

[1]) OLGRspr. 44/119.

[2]) Im „Recht" 1903 S. 127.

[3]) Dies ist, wie wir oben sahen, für das gemeine Recht nicht richtig.

[4]) RGZ 74/234 ff.

indes zu der Frage Stellung zu nehmen, ob sich hierüber nicht bereits Gewohnheitsrecht gebildet hat, die Heinzerling[1]) für das gemeine Recht bejaht hat.

So unbestritten nun die Anerkennung des Gewohnheitsrechts selbst ist, so bestritten sind der Grund der Geltung und die notwendigen Erfordernisse desselben. Es wurden hierüber eine ganze Reihe sich widerstreitender Theorien aufgestellt, auf die jedoch im Rahmen dieser Arbeit nicht einzugehen ist.

Der richtige Weg dürfte wohl der von den Vertretern der Interessenjurisprudens[2]) eingeschlagene sein. Man hat hienach auf die im Volksbewusstsein lebenden, übereinstimmenden Werturteile abzustellen, die, was wohl regelmässig der Fall sein wird, von den beteiligten Kreisen mit dem Bewusstsein angewendet werden, dass es so recht sei. Diese praktisch betätigten Werturteile können indes m. E. zur Entstehung von Gewohnheitsrecht nicht genügen, vielmehr wird man mit Rümelin[3]), Ehrlich[4]) und Somlo[5]) ausserdem die Mitwirkung von Staatsorganen z. B. in Form eines Gerichtsgebrauchs verlangen müssen. Mit Recht sagt Rümelin[6]), es sei schwer vorstellbar, wie das Volk von sich aus bestimmte Entscheidungsnormen hervorbringen solle.

Wie wir nun bereits oben dargelegt haben, hat sich zwar in den beteiligten Kreisen ein übereinstimmendes Werturteil gebildet, das den Generalkonsens in beschränktem Umfang für zulässig erklärt. Auch wurde dieses Werturteil in jahrzehntelanger Uebung praktisch betätigt, was der Umstand beweist, dass sich die überaus zahlreichen Fälle des täglichen Lebens fast alle ohne Inanspruchnahme der Gerichte reibungslos abwickeln.

Indes kann man bei der äusserst dürftigen Rechtsprechung, die zudem keine einheitliche Stellung in der Frage des Generalkonsenses eingenommen hat, von dem Bestehen eines Gerichtsgebrauchs nicht reden. Man wird daher unter den obwaltenden Umständen nicht das Vorhandensein von Gewohnheitsrecht, sondern

[1]) Heinzerling „Handlungsfähigkeit" S. 184.

[2]) Vgl. v. Staffel DRZ 1911 S. 724 ff., Rümelin „die bindende Kraft des GR" S. 30, ArchCivPr. N. F. 2 S. 303, Heck ArchCivPr. 112 S. 1 ff., Stoll in DogmJahrb. 76 S. 160.

[3]) Rümelin „die bindende Kraft des GR" S. 41 Note 1.

[4]) Ehrlich a. a. O.

[5]) Somlo a. a. O. § 106.

[6]) Rümelin „die bindende Kraft des GR" S. 41 Note 1.

lediglich das Bestehen einer Verkehrsanschauung annehmen können, die den Generalkonsens in eingeschränktem Umfang für zulässig erklärt.

Auf letzterem Standpunkt steht auch die Entscheidung des OLG Hamburg v. 8. IV. 1924[1]). In dieser Entscheidung ist ausgeführt, dass eine solche Verkehrsanschauung in Deutschland zweifellos bestehe.

§ 6.

Die Bedeutung und Konstruktion des § 110 BGB.

I. Die praktische Auswirkung der inder Frage der Zulässigkeit des Generalkonsenses bisher angestellten Erhebungen zeigt sich bei der rechtlichen Würdigung der beiden in § 110 BGB geregelten Fälle nämlich:

a) der Ueberlassung von Mitteln an Minderjährige zur Erfüllung vertragsmässiger Leistung,
b) der Ueberlassung von Mitteln an Minderjährige zur freien Verfügung.

Dass in der Ueberlassung von Mitteln an Minderjährige gemäss § 110 BGB sowohl im ersten wie im zweiten Fall eine Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zu den vom Minderjährigen abgeschlossenen dinglichen Rechtsgeschäften, der Uebertragung des Eigentums an den überlassenen Mitteln auf den Vertragskontrahenten liegt, ist unbestritten[2]). Dagegen gehen die Meinungen bezüglich der Frage, ob in der Ueberlassung der Mittel an den Minderjährigen auch eine Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zu den vom Minderjährigen abgeschlossenen obligatorischen Rechtsgeschäften liegt, und ob diese im Bejahungsfalle das Rechtsgeschäft bereits nach § 107 BGB mit dem Abschluss desselben oder erst mit der Erfüllung wirksam macht, sowohl im ersten wie im zweiten Falle erheblich auseinander[3]).

[1]) OLGRspr. 44|119.

[2]) Dies liegt in dem Zweck der Ueberlassung; vgl. v. Tuhr II 1 S. 35 Anm. 112.

[3]) Die Ansicht Bähr's, der in KrVJSchr. 32, 195, 30|386 ff. erklärt: „Irrig ist die Ansicht, dass jedem Kaufe ein obligatorischer Vertrag zugrunde liegt", ist heute allgemein aufgegeben.

Da die beiden oben aufgzählten Fälle des § 110 BGB, die Ueberlassung von Mitteln zur Erfüllung vertragsmässiger Leistung und zur freien Verfügung, bezüglich der Bestimmtheit des von dem Minderjährigen abgeschlossenen und erfüllten Vertrages verschieden sind, erscheint eine getrennte Behandlung dieser beiden Fälle zweckdienlich.

II. Was nun zunächst den ersten Fall des § 110 BGB, die Ueberlassung von Mitteln an den Minderjährigen zur Erfüllung vertragsmässiger Leistung anbelangt, so wird hier regelmässig ein seitens des Minderjährigen bereits abgeschlossener oder noch abzuschliessender bestimmter Vertrag in Frage stehen (z. B. Ankauf eines bestimmten Buches zu einem festen Preis, Bezahlung einer auf einen bestimmten Betrag lautenden Rechnung). Dass hier in der Ueberweisung von Mitteln an den Minderjährigen zu dem bestimmten Zwecke [1]) selbstverständlich auch eine stillschweigende präsumtive Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zu dem obligatorischen Hauptrechtsgeschäft des Minderjährigen liegt, sodass dieses bereits gemäss § 107 BGB mit dem Abschluss, nicht erst mit der tatsächlichen Erfüllung wirksam wird, wird fast allgemein zugegeben, und zwar auch von den Autoren, welche die Zulässigkeit des Generalkonsenses in jeder Form, also auch zu Bargeschäften, ablehnen [2]). Fischer-Henle [3]), Boethke [4]), Janke [5]), Eck [6]) und Schwenk [7]) verneinen allerdings auch hier eine bereits in der Ueberlassung von Mitteln an den Minderjährigen zu einem bestimmten Zweck liegende Zustimmung des gesetzlichen Vertreters, jedoch ohne nähere Begründnug. Diese Autoren sehen in § 110 BGB lediglich den „Taschengeldparagraphen", sonach Ueberlassung von Mitteln zur freien Verfügung, was jedoch nicht zutrifft.

Nicht in jedem Falle der Ueberlassung von Mitteln zu einem bestimmten Zweck wird es sich jedoch um ein bestimmtes Haupt-

---

[1]) Vgl. Fischer-Henle Anm. 3 zu § 110 BGB.

[2]) Vgl. z. B. Grzebinasch a. a. O. S. 42 ff., Weiss a. a. O., Rosenhain a. a. O. S. 82, Biermann a. a. O. S. 211.

[3]) Fischer-Henle a. a. O. zu § 110 BGB.

[4]) Boethke in DJZ 1903 S. 450.

[5]) Janke a. a. O. S. 434.

[6]) Eck a. a. O. 1 S. 120 Anm. 1.

[7]) Schwenk a. a. O. S. 450.

rechtsgeschäft handeln. So wird z. B. der gesetzliche Vertreter, welcher dem Minderjährigen 100 RM. zu einer Ferienwanderung gibt, oder welcher einem minderjährigen Studenten den Monatswechsel schickt, sich kaum eine Vorstellung davon machen können, welche einzelnen Rechtsgeschäfte der Minderjährige nun auch tatsächlich mit den ihm zu dem bestimmten Zweck überlassenen Mitteln abschliessen wird. In diesen Fällen kann es sich, wenn überhaupt um eine Zustimmung, so naturgemäss nur um eine, in der Ueberlassung der Mittel an den Minderjährigen liegende, präsumtive generelle Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zu den vom Minderjährigen abgeschlossenen obligatorischen Rechtsgeschäften handeln.

Das Vorliegen einer solchen präsumtiven generellen Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zu dem obligatorischen Vertrag des Minderjährigen wird nun nicht nur von einer grossen Anzahl von Gegnern des Generalkonsenses[1]), sondern auch von den verschiedenen Anhängern desselben rundweg verneint. So erklären z. B. Kohler[2]), Cosack[3]) und Dernburg[4]), dass in den hier in Frage stehenden Fällen noch keine Einwilligung des gesetzlichen Vertreters zu dem obligatorischen Vertrag des Minderjährigen zu erblicken sei; dieser werde vielmehr erst durch die tatsächliche Erfüllung rechtswirksam. Diese Stellungnahme obiger Autoren ist jedoch, wie Grzebinasch[5]) mit Recht betont, inkonsequent. Sie hätten, da sie den beschränkten Generalkonsens des gesetzlichen Vertreters ja für zulässig erklären, erst recht in den Fällen der ersten Art des § 110 BGB, bei denen doch der Minderjährige in viel engeren Beziehungen zu dem betreffenden Rechtsgeschäft steht, eine generelle Einwilligung des gesetzlichen Vertreters annehmen müssen.

Diese Auffassung, die bestreitet, dass in der Ueberlassung von Mitteln an den Minderjährigen zu einem bestimmten Zwecke eine generelle präsumtive Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zu dem obligatorischen Vertrag des Minderjährigen liegt, scheint nun zwar im Wortlaut des Gesetzes eine gewisse Stütze zu finden.

[1]) Vgl. z. B. Grzebinasch a. a. O. S. 46, Mathias a. a. O. 1 S. 158, Haidlen a. a. O. S. 132.

[2]) Kohler a. a. O. S. 281.

[3]) Cosack a. a. O. S. 174.

[4]) Dernburg a. a. O. S. 305.

[5]) Grzebinasch a. a. O. S. 43.

Die in § 110 BGB gebrauchten Worte: „Ein von dem Minderjährigen ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters abgeschlossener Vertrag wird wirksam, wenn ....“ können jedoch keinesfalls den Sinn haben, dass in den Fällen des § 110 BGB eine Zustimmung des gesetzlichen Vertreters überhaupt nicht vorliege, vielmehr sind sie in dem Sinne auszulegen, dass hier eine ausdrückliche Zustimmung des Vertreters nicht erforderlich ist, sondern dass eine stillschweigende, in der Ueberlassung der Mittel selbst liegende Zustimmung des Vertreters genügt. Denn liegt, wie ja mit Recht allgemein anerkannt ist, darin, dass der gesetzliche Vertreter dem Minderjährigen auf dessen Bitte hin, ihm 10.— RM. zum Ankauf eines dringend benötigten Buches zu senden, diesen Betrag überlässt, eine stillschweigende Zustimmung des Vertreters zu dem in der Folge vom Minderjährigen abgeschlossenen obligatorischen Vertrag, so ist nicht einzusehen, weshalb nicht auch in dem Falle, dass der Vertreter dem Minderjährigen 100 RM. zu einer Pfingstwanderung überlässt, eine stillschweigende Zustimmung, und zwar eine solche genereller Natur zu den einzelnen vom Minderjährigen später abgeschlossenen obligatorischen Verträgen vorliegen soll. Die gegenteilige Ansicht würde mit der Auffassung des Lebens in Widerspruch stehen, da der gesetzliche Vertreter sicher nie zwischen der Zustimmung zu dem vom Minderjährigen abgeschlossenen dinglichen und dem obligatorischen Rechtsgeschäft unterscheiden wird, vielmehr immer mit der Ueberlassung der Mittel an den Minderjährigen stillschweigend seine Zustimmung zum Abschluss sowohl des dinglichen als auch des obligatorischen Rechtsgeschäfts geben wird.

Auch Riezler [1]), Enneccerus-Nipperdey [2]), Rehbein [3]), Goldmann-Lilienthal [4]), Kaufmann [5]), Kipp [6]), Achilles [7]), der Reichsgerichtsrätekommentar [8]), sowie das Reichsgericht [9]) nehmen an, dass mit der

[1]) Riezler in Staudinger's Kommentar zu § 110 BGB.
[2]) Enneccerus-Nipperdey a.a.O. Allg. Teil § 143 II 3.
[3]) Rehbein a.a.O. Anm. 1 zu § 104 bis 115.
[4]) Goldmann-Lilienthal a.a.O. § 36 I 3a.
[5]) Kaufmann a.a.O. S. 96.
[6]) Kipp zu Windscheid I a.a.O. S. 282.
[7]) Achilles zu § 110 BGB.
[8]) RGRKommentar zu § 110 BGB.
[9]) RGZ 74 S. 234 ff.

Ueberlassung von Mitteln an den Minderjährigen „zu diesem Zwecke“ seitens des Vertreters oder mit dessen Zustimmung seitens eines Dritten auch bereits eine stillschweigende konkludente Zustimmung des Vertreters zu dem obligatorischen Vertrag erteilt sei. Planck[1]) und v. Tuhr[2]) führen aus, dass in der Ueberlassung eines Gegenstandes an den Minderjährigen zur Erfüllung eines bestimmten Vertrags bereits die Genehmigung dieses Vertrags liege; sie geben jedoch darüber keinen Aufschluss, was sie unter „bestimmtem Vertrage“ verstehen[3]). Auch Oertmann[4]) erklärt, in der Ueberlassung von Mitteln „zu diesem Zweck“ werde meistens eine Genehmigung liegen. Dasselbe muss jedoch auch dann gelten, wenn die Mittel dem Minderjährigen vor Abschluss des betreffenden Vertrages überlassen werden, da das Gesetz in § 110 BGB ganz allgemein von „Zustimmung“ spricht.

III. Im zweiten Falle des § 110 BGB, der Ueberlassung von Mitteln zur freien Verfügung, verneinen ausser denjenigen Autoren, welche eine Zustimmung des Vertreters schon bei der Ueberlassung „zu diesem Zweck“ ablehnen, auch v. Tuhr[5]) und Planck[6]) das Vorliegen einer in der Ueberlassung der Mittel liegenden Zustimmung. Von Tuhr erklärt:

> „Dagegen ist die Ueberlassung von Gegenständen zur freien Verfügung keine Genehmigung[7]) der vom Minderjährigen geschlossenen Verträge. Der Vertrag, den der Minderjährige erfüllt, ist dem gesetzlichen Vertreter unbekannt, oder würde, wenn er Kenntnis hätte, von ihm nicht genehmigt werden.“

Auch v. Tuhr ist hier nicht ganz konsequent, da ja auch er bei der Einwilligung i. S. des § 107 BGB eine generelle Zustim-

[1]) Planck a. a. O. Anm. 1 zu § 110 BGB.

[2]) v. Tuhr a. a. O. II 1 S. 352.

[3]) Sie dürften jedoch die Worte „bestimmter Vertrag“ i. S. der Worte des Gesetzes „zu diesem Zwecke“ gebrauchen, da beide der Ueberlassung von Mitteln zur freien Verfügung lediglich den Fall der Ueberlassung von Mitteln zur Erfüllung eines bestimmten Vertrags gegenüberstellen.

[4]) Oertmann a. a. O. zu § 110 BGB.

[5]) von Tuhr a. a. O. II 1 S. 352.

[6]) Planck a. a. O. Erl. 1 zu § 110 BGB.

[7]) Das gleiche muss selbstverständlich dann gelten, wenn die Mittel vor Abschluss der betreffenden obligatorischen Verträge durch den Minderjährigen diesem überlassen worden sind.

mung zu einem ganzen Kreis von Rechtsgeschäften zulässt[1]), deren bestimmende Tatbestandsmerkmale dem gesetzlichen Vertreter naturgemäss ebenfalls unbekannt sind.

Im Gegensatz zu dieser Auffassung müssen wir indes auch in den Fällen, in welchen der gesetzliche Vertreter dem Minderjährigen Mittel zur freien Verfügung, z. B. als Taschengeld, überlassen hat, unbedingt zu dem Ergebnis kommen, dass der gesetzliche Vertreter damit seine stillschweigende Zustimmung zu allen vom Minderjährigen in der Folge abgeschlossenen obligatorischen Rechtsgeschäften erteilt hat. Mit dem Einwand: Ja mit einer solchen Verwendung der überlassenen Mittel war ich nicht einverstanden, kann der Vormund nicht gehört werden, denn er hat durch Ueberlassung zur freien Verfügung jeden zulässigen Zweck gebilligt und hätte ja jederzeit die Verwendung der überlassenen Mittel auf eine bestimmte Art von Rechtsgeschäften beschränken können bezw. eine bestimmte Art von Rechtsgeschäften, wie z. B. die Anschaffung von Rauchwaren ausschliessen können. Mit Recht erklärt Riezler[2]):

> „... aber ist es nicht eine höchst bedenkliche Formulierung, wenn das Gesetz in einem und demselben Atemzug voraussetzt, dass der Minderjährige vom gesetzlichen Vertreter Mittel erhalten hat zur freien Verfügung, also zur Verwendung für einen beliebigen Zweck, und dass der Minderjährige ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters sich zur Verwendung dieser Mittel verpflichtet hat."

IV. Wir kommen demnach zu dem Ergebnis, dass bereits in der Ueberlassung von Mitteln an den Minderjährigen und zwar sowohl in dem Fall der Ueberlassung zur Bewirkung vertragsmässiger Leistung, als auch bei der Ueberlassung zur freien Verfügung eine präsumtive teils spezielle, teils generelle Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zu dem vom Minderjährigen bereits abgeschlossenen oder noch abzuschliessenden dinglichen wie obligatorischen Rechtsgeschäfte enthalten ist[3]). Das Wesentliche in den Fällen des § 110 BGB bleibt daher, wie das Reichsgericht[4])

[1]) v. Tuhr a. a. O. II 1 S. 346.
[2]) Riezler in DJZ 1903 S. 566.
[3]) Ebenso Enneccerus A.T. § 143.
[4]) RGZ 74 S. 235.

mit Recht ausführt, nicht die Erfüllung, sondern die in der Ueberlassung der Mittel an den Minderjährigen liegende Zustimmung des gesetzlichen Vertreters[1]). Der § 110 BGB ist daher nicht wie die Gegner des Generalkonsenses erklären, eine Ausnahme dem in § 107 BGB auf gestellten Grundsatze gegenüber, sondern lediglich eine Anwendung der dort aufgeführten Voraussetzungen für die Wirksamkeit eines von einem Minderjährigen abgeschlossenen onerosen Vertrags. Dass die hier vertretene Auffassung die Bestimmung des § 110 BGB nicht, wie die Gegner des Generalkonsenses behaupten, überflüssig macht, dieselbe vielmehr trotzdem äusserst wertvoll bleibt, wurde bereits oben dargelegt[2]).

Die praktische Folge aus unserer Auffassung bezüglich der Konstruktion und der Bedeutung des § 110 BGB ist die, dass der vom Minderjährigen, welchem der gesetzliche Vertreter Mittel zur Erfüllung vertragsmässiger Leistung oder zu freier Verfügung überlässt, abgeschloseene Vertrag infolge der in der Ueberlassung liegenden Zustimmung des gesetzlichen Vertreters bereits mit Abschluss des Vertrags und nicht erst mit der tatsächlichen Erfüllung der Leistung wirksam wird.

Die Gegner des Generalkonsenses[3]) bringen nun ausser den von uns bereits oben widerlegten Gesichtspunkten zur Begründung der Unbrauchbarkeit der hier vertretenen Auslegung des § 110 BGB vor, die Annahme einer in der Ueberlassung von Mitteln an den Minderjährigen liegenden stillschweigenden generellen Zustimmung des gesetzlichen Vertreters bedeute für den Minderjährigen eine grosse Gefahr. Denn der Minderjährige, welchem Mittel zur freien Verfügung überlassen worden wären, könne, wenn man bereits in der Ueberlassung der Mittel an den Minderjährigen eine gültige generelle Zustimmung des gesetzlichen Vertreters erblicke, einen Kauf rechtswirksam auf Kredit abschliessen, und die ihm überlassenen Mittel auf irgend eine andere Weise verjubeln. Statt eines solchen Vertrages könne hiernach der Minderjährige 10 und noch

[1]) Hierfür spricht auch die vom Gesetzgeber gewählte Fiktionsform des § 110 BGB: „Gilt als wirksam". Diese wäre nicht erforderlich gewesen, wenn vom Gesetzgeber bezüglich der Wirksamkeit des Vertrags lediglich auf die tatsächliche Erfüllung seitens des Minderjährigen hätte abgestellt werden wollen.

[2]) Vgl. hierzu Riezler in DJZ 1903 S. 566.

[3]) Vgl. z. B. hauptsächlich Grzebinasch a. a. O. S. 27.

mehr solcher Verträge rechtswirksam abschliessen und somit auch Verpflichtungen zu dem 10- und mehrfachen Betrage eingehen[1]).

Jedoch abgesehen davon, dass sich auf Grund eines solchen im praktischen Leben doch sicher seltenen Ausnahmefalls eine Regel nicht aufstellen lässt, kann der gegnerische Einwand auch in sachlicher Beziehung die hier vertretene Auffassung bezüglich der Auslegung des § 110 BGB. nicht erschüttern. Denn die in der Ueberlassung der Mittel an den Minderjährigen liegende präsumtive spezielle, wie generelle Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zu den vom Minderjährigen abgeschlossenen obligatorischen Rechtsgeschäften ist, wie wiederholt ausgeführt, in § 110 BGB an die Bewirkung der Leistung seitens des Minderjährigen geknüpft. Diese verleiht aber dem obligatorischen Vertrag des Minderjährigen nicht, wie die Gegenseite erklärt, erst die Wirkung, vielmehr wird der obligatorische Vertrag des Minderjährigen bereits mit dem Abschluss wirksam. Ob die vom Minderjährigen auf Kredit abgeschlossenen Rechtsgeschäfte ebenfalls rechtswirksam sind, richtet sich darnach, ob sie noch in den Rahmen des Generalkonsenses fallen, was für jedes einzelne Rechtsgeschäft unter Berücksichtigung der Umstände der Einzelfalls zu prüfen ist.

V. Schreiber[2]) endlich hat bezüglich der Konstruktion des § 110 BGB eine neue Theorie aufgestellt. Er unterscheidet, abgesehen von den Rechtsgeschäften Minderjähriger, durch welche diese lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangen, zwei juristisch völlig verschiedene und begrifflich scharf getrennte Formen von Rechtsgeschäften Minderjähriger. Die eine Art dieser Rechtsgeschäfte ist nach Schreiber diejenige, die gemäss § 107 BGB der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters bedarf[3]), während die anderen, unter § 110 BGB fallenden Rechtsgeschäfte des Minderjährigen „kraft einer vorher gegebenen allgemeinen Ermächtigung von dieser Zustimmung ausgenommen seien." Diese Ermächtigung, die speziell für ein wirtschaftlich konkretes Rechtsgeschäft, oder in Form einer Generalermächtigung erteilt werden könne, und durch die Ueberlassung von Mitteln zur Erfüllung der von der Ermächtigung um-

[1]) Vgl. hierzu die Motive 1 S. 148.

[2]) Schreiber a. a. O. 1 S. 42 ff.

[3]) Diese könne lediglich zu konkreten Rechtsgeschäften erteilt werden, da Generalkonsens eine teilweise Mündigerklärung bedeute, die der Muntwalt lediglich in den §§ 112, 113 BGB vornehmen könne.

fassten Rechtsgeschäfte begleitet sein müsse, macht nach Schreiber das vom Minderjährigen abgeschlossene Rechtsgeschäft nicht bereits mit dem Abschluss, sondern erst mit dem Abschluss, sondern erst mit Erfüllung wirksam[1]).

Diese von Schreiber aufgestellte Unterscheidung zwischen zwei verschiedenen Arten von Rechtsgeschäften Minderjähriger ist indes, wie wir bereits oben gesehen haben, nicht haltbar, denn in der Ueberlassung von Mitteln an den Minderjährigen, zumal derjenigen zur freien Verfügung, in der ja auch Schreiber eine „Generalermächtigung" sieht, liegt immer zugleich eine stillschweigende spezielle bezw. generelle Einwilligung des gesetzlichen Vertreters in die vom Minderjährigen abgeschlossenen obligatorischen Verträge. § 110 BGB stellt sonach nicht eine Ausnahme der §§ 107 ff. BGB, sondern einen Anwendungsfall dieser Vorschriften dar.

§ 7.

Einzelne Streitfragen bezüglich des § 110 BGB.

A) Die zur Ueberlassung von Mitteln an Minderjährige berechtigten Personen.

In § 110 BGB wird bezüglich der Wirksamkeit eines von einem Minderjährigen abgeschlossenen Vertrages nicht nur vorausgesetzt, dass sich der Minderjährige innerhalb des Rahmens des mit der Ueberlassung der Mittel verknüpften Konsenses des gesetzlichen Vertreters hält, sondern auch, dass dieser die ihm bei der Ueberlassung von Mitteln an den Minderjährigen gesteckten Grenzen nicht überschreitet, denn der gesetzliche Vertreter darf, da die Ueberlassung von Mitteln an den Minderjährigen eine Verfügung über dessen Vermögen enthält, weder bei eigener Ueberlassung, noch bei der Erteilung der Zustimmung zur Ueberlassung von Mitteln seitens eines Dritten frei schalten und walten, sondern ist diesbezüglich gewissen Beschränkungen unterworfen, die sich darnach richten, ob er gleichzeitig Inhaber der elterlichen Gewalt ist (vgl. § 1644 BGB) oder nicht (§ 1824 BGB). So ist in gewissen

[1]) In der Zeit vom Abschluss bis zur Erfüllung des Rechtsgeschäfts begründe dieses lediglich eine „haftungslose Schuld" des Minderjährigen, also eine Naturalobligation. Diese Ansicht ist jedoch nicht zutreffend, da auch die haftungslose Schuld Vertragswirkung wäre. Vgl. hierzu besonders Oertmann a.a.O. S. 359.

Fällen (vgl. z. B. die §§ 1812, 1819—1822 BGB) entsprechend dem Satz: „nemo plus juris transferre potest, quam ipse habet", die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bezw. des Gegenvormunds erforderlich. Letztere fällt natürlich bei dem Inhaber der elterlichen Gewalt weg.

In gleicher Richtung liegen die §§ 1641 und 1804 BGB, die dem gesetzlichen Vertreter grundsätzlich verbieten, Schenkungen zu machen. Diese Vorschriften sind mit der hM. auf die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zu Rechtsgeschäften Minderjähriger entsprechend anwendbar [1]). Demnach kann der gesetzliche Vertreter dem Minderjährigen auch nicht Mittel zum Zwecke der Schenkung überlassen. Dagegen kann der Minderjährige aus Mitteln, die ihm zum Zwecke freier Verfügung überlassen worden sind, rechtswirksam Schenkungen vornehmen [2]).

Wie wir bereits oben kurz erwähnten, bedarf auch die Ueberlassung von Mitteln an den Minderjährigen seitens eines Dritten der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters [3]). Der Gesetzgeber verfolgte hiermit die Absicht, zu verhindern, dass der gesetzliche Vertreter ohne eine Möglichkeit zum Eingreifen zu haben, zusehen muss, wie der Minderjährige durch Zuwendungen eines Dritten zur Verschwendung und Genusssucht verleitet wird, während ihm sonst vielleicht das Notwendigste fehlt. Die Gewerbeordnung hat diesen Gedanken noch weiter ausgebaut. Sie bestimmt in § 119 Abs. II Nr. 2:

> „Durch statutarische Bestimmung einer Gemeinde oder eines weiteren Kommunalverbandes kann für alle Gewerbetreibenden oder gewisse Arten derselben festgesetzt werden, dass der von minderjährigen Arbeitern verdiente Lohn an die Eltern oder Vormünder und nur mit deren schriftlicher Zustimmung oder nach deren Bescheinigung über den Empfang der letzten Lohnzahlung unmittelbar an die Minderjährigen bezahlt wird".

---

[1]) Vgl. hierzu Planck Erl. 1 zu § 1641 BGB, Kipp Familienrecht § 116 I.

[2]) Vgl. v. Tuhr II 1 S. 253 N. 114.

[3]) Die Worte des § 110 BGB „mit dessen Zustimmung" beziehen sich sowohl auf „zu diesem Zwecke" als auch zu „freier Verfügung".

B) Die Objekte der Ueberlassung.

Unter den Mitteln, die gemäss § 110 BGB dem Minderjährigen überlassen werden können, sind, wie mit der allgemein herrschenden Meinung anzunehmen ist, nicht nur Geldmittel zu verstehen, die zwar wohl in den meisten Fällen überlassen werden, sondern Realobjekte aller Art[1]). Unbestritten ist weiter, dass hierunter auch die Mittel fallen, welche der Minderjährige durch seine Arbeitskraft sich erworben hat, und die ihm von seinem gesetzlichen Vertreter überlassen worden sind.

Dagegen ist bestritten, ob der Minderjährige die ihm aus einem abgeschlossenen Vertrage obliegende Gegenleistung durch persönliche Arbeit wirksam erfüllen kann. Im Gegensatz zu Dernburg kann nun davon, dass die vom Minderjährigen bewirkte Dienst- oder Arbeitsleistung unmittelbar unter die Mittel der Erfüllung im Sinne des § 110 BGB falle, keine Rede sein, da die Arbeitskraft als Ausfluss eines höchst persönlichen Herrschaftsrechts über seinen Körper seitens des gesetzlichen Vertreters nicht überlassen werden kann. Vielmehr kann es sich lediglich darum handeln, ob § 110 BGB auf die hier interessierende Frage analog Anwendung finden kann.

Diese Frage wird verneint vom Kommentar der Reichsgerichtsgeräte[2]), Marwitz[3]) sowie in früheren Auflagen von Planck. Diese Autoren vertreten die Meinung, dass eine derartige Ausdehnung des § 110 BGB unzulässig sei, und verweisen den Minderjährigen für den Fall, dass er die immaterielle Leistung schon erfüllt hat, lediglich auf den Bereicherungsanspruch. Dass man aber den Interessen des Minderjährigen, der seinerseits völlig erfüllt hat, durch Beschränkung desselben auf den Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung in keiner Weise gerecht wird und gegen das im BGB aufgestellte Schutzprinzip des Minderjährigen gröblich verstossen würde, bedarf keiner besonderen Ausführung. Man denke nur z. B. an die Bestimmung des § 818 Abs. 3 BGB[4]). Oertmann[5]), der Kommentar der Reichsgerichtsräte[6]) Grzebinasch[7]), ferner das

[1]) So die Motive 1 S. 147.
[2]) Kommentar der RGR Anm. 3 zu § 110 BGB.
[3]) Marwitz der Bühnenengagementvertrag S. 20.
[4]) Vgl. Riezler in Staud. Kommentar Erl. 8 zu § 110 BGB.
[5]) Oertmann's Kommentar Anm. 7 zu § 110 BGB „der neue Weg" 39 S. 637.
[6]) RGRKommentar § 110 Anm. 3.
[7]) Grzebinasch a. a. O. S. 65.

Reichsgericht[1]) billigen dem Minderjährigen, welcher die ihm obliegende Leistung durch persönliche Arbeitskraft erfüllt hat, einen rechtlichen Anspruch auf Vergütung der Arbeitsleistung mit der Begründung zu, dass dem Minderjährigen, welcher bereits auf diese Art und Weise erfüllt habe, gemäss § 107 BGB „lediglich ein rechtlicher Vorteil zustehe". Dem Ergebnis dieser Autoren ist wohl beizutreten, doch ist die Begründung m. E. nicht stichhaltig. Denn läge in dem hier in Frage stehenden Falle „lediglich ein rechtlicher Vorteil" des Minderjährigen vor, so müsste man in allen Fällen, in welchen nur noch die Gegenleistung aussteht, zu demselben Ergebnis kommen, was zur Folge hätte, dass die gemäss § 107 BGB erforderliche Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zu onerosen Rechtsgeschäften immer umgangen werden könnte. Unter Rechtsgeschäften, welche lediglich rechtlichen Vorteil bringen, sind vielmehr nur rein lukrative Rechtsgeschäfte des Minderjährigen (Rechtserwerb, sowie ausschliessliche Befreiung von Schuldverbindlichkeiten) zu verstehen[2]).

Bei Beantwortung der vorliegenden Frage wird man davon ausgehen müssen, dass die Bewirkung der Gegenleistung durch die persönliche Arbeitskraft des Minderjährigen als höchst persönliche immaterielle Leistung naturgemäss nicht mehr rückgängig gemacht werden kann. Aus diesem Grunde kann der Gegenkontrahent, welcher die Bewirkung der Leistung seitens des Minderjährigen angenommen hat, sich nicht mehr auf die schwebende Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts berufen, da ihm die exceptio doli generalis entgegensteht. Auch dem gesetzlichen Vertreter kann das Widerrufsrecht nicht mehr zugebilligt werden, da er bei Ausübung desselben den Anspruch des Minderjährigen vereiteln würde. Der Minderjährige hat daher auf Grund eines vollwirksamen Vertrages einen rechtsgültigen Anspruch auf die Gegenleistung und ist nicht auf einen Bereicherungsanspruch beschränkt[3]).

---

[1]) RGWarn. 1914 S. 235.

[2]) Vgl. Löwenwarter a. a. O. S. 73; der gegen die oben zit. RGEntsch. Stellung nimmt, sich jedoch zu der Frage des Generalkonsenses selbst nicht äussert.

[3]) Vgl. Riezler, venire contra factum proprium, S. 134 ff., und in Staud. Kommentar Anm. 8 zu § 110 BGB; Hölder a. a. O. Erl. 2 b zu § 110 BGB; Planck Erl. 7 zu § 110 BGB; Hueck-Nipperdey a. a. O. S. 131.

Einer Erörterung bedarf sodann noch die Frage, ob die vom Minderjährigen gemäss § 110 BGB zu bewirkende Leistung auch durch Erfüllungssurrogate, wie Hingabe, an Erfüllungsstatt Hinterlegung, Aufrechnung, geschehen kann.

Dass die Hingabe an Erfüllungsstatt und die Hinterlegung unter Verzicht auf das Recht zur Rücknahme der tatsächlichen Erfüllung gleichzustellen sind, wird mit Recht allgemein anerkannt[1]), denn der gesetzliche Vertreter kann dem Minderjährigen natürlich auch Leistungssurrogate zum Zwecke der Erfüllung oder zu freier Verfügung überlassen, sodass, da § 110 BGB auf die Erfüllung abstellt, durch Hingabe dieser überlassenen Surrogate das Schuldverhältnis gemäss §§ 364 Abs. 1 und 378 BGB zum Erlöschen gebracht wird.

Dagegen ist bestritten, ob dies auch bei der Aufrechnung zutrifft. Zu Unrecht macht Oertmann[2]) Bedenken in der Richtung geltend, dass die Aufrechnung den Rechtsbestand von Forderung und Gegenforderung bereits voraussetze, während in § 110 BGB die Forderung durch den Aufrechnungsakt erst zur Entstehung gebracht werde. Die Einwendungen Oertmann's, die lediglich als Begriffsjurisprudenz zu werten sind, schlagen auch materiell nicht durch. Denn die zur Aufrechnung verwendete Forderung, die dem Minderjährigen, sei es vor oder nach Abschluss von dem gesetzlichen Vertreter überlassen wurde[3]), gelangt bereits im Zeitpunkt der Abtretung zur Entstehung. Man wird daher auch hier mit der überwiegenden Meinung[4]) annehmen müssen, dass der vom Minderjährigen abgeschlossene obligatorische Vertrag durch die Erklärung der Aufrechnung[5]) mit einer ihm vom gesetzlichen Vertreter zum Zwecke der Erfüllung eines bestimmten Vertrags oder zur freien Verfügung überlassenen Forderung ebenso vollwirksam wird, wie bei den andern Erfüllungssurrogaten.

---

[1]) Vgl. hierzu RGRKommentar Anm. 6 zu § 110 BGB; Zitelmann a.a.O. S. 108; Biermann a.a.O. S. 108; Fischer-Henle Anm. 2 zu § 110 BGB; Crome a.a.O. § 83 Anm. 42.

[2]) Vgl. Oertmann a.a.O. S. 357.

[3]) Gleichgültig ist, ob es sich hier um eine Forderung des gesetzlichen Vertreters oder eine solche, die dem Minderjährigen selbst zusteht, handelt.

[4]) Vgl. u. A. Riezler in Staud. Kommentar zu § 110 Anm. 2, RGRKommentar zu § 110, BGB 1, Crome a.a.O. S. 368 Anm. 42.

[5]) Diese hat gemäss § 389 BGB die Wirkung, dass beide Forderungen, soweit sie sich decken, als erloschen gelten.

C) Die Erstreckung des Verfügungsrechts auf Ersatzstücke in § 110 BGB.

Die hier interessierende Frage, ob sich das Weiterverfügungsrecht des Minderjährigen auch auf die mit Hilfe der überlassenen Mittel erworbenen Gegenstände erstreckt, kann naturgemäss nur in dem Fall der Ueberlassung von Mitteln zur freien Verfügung praktisch werden. Denn in den Fällen der Ueberlassung „zu diesem Zwecke" ist der Minderjährige durch die ihm in bestimmter Weise vorgeschriebene Verwendung der Mittel gebunden.

Die Ansicht Biermann's[1]) und wohl auch Zitelmann's[2]), die das Weiterverfügungsrecht des Minderjährigen in vollem Umfang und zwar auch bezüglich der Ersatzstücke annehmen, die mit Mitteln erlangt wurden, die dem Minderjährigen zu einem bestimmten Zweck überlassen worden sind, ist als zu weitgehend abzulehnen.

Den entgegengesetzt extremen Standpunkt nehmen Grzebinasch[3]) und Boethke[4]) ein. Ersterer kommt, da er mit Recht davon ausgeht, dass die Entscheidung der hier interessierenden Frage lediglich davon abhängt, wie man sich im übrigen zu der Frage Generalkonsenses bei § 110 BGB stellt, dessen Zulässigkeit er unrichtiger Weise bestreitet, zwangsläufig auch zur Verneinung der Frage des Weiterverfügungsrechts bei § 110 BGB. Boethke erklärt: Das Gesetz kenne das Surrogationsprinzip nur in einzelnen Fällen (z. B. in den §§ 718, 818, 1370, 2019 BGB), dagegen nicht als allgemeinen Grundsatz. Auch entspreche es nicht dem mutmasslichen Willen des gesetzlichen Vertreters, mit den erworbenen Sachen frei zu schalten und zu walten. In der Folge schränkt er jedoch diesen Standpunkt ein und hält im Einzelfalle eine dahingehende Absicht des gesetzlichen Vertreters immerhin für möglich.

Auch die Auffassung Grzebinasch's und Boethke's ist m. E. nicht richtig. Man wird vielmehr mit der überwiegenden Meinung[5]) davon ausgehen müssen, dass das Weiterverfügungsrecht des Minderjährigen begrifflich dann zulässig ist, wenn der gesetzliche Vertreter dem Minderjährigen Mittel zur freien Verfügung überlässt.

[1]) Biermann a. a. O. § 61 Anm. 17.
[2]) Zitelmann a. a. O. S. 109.
[3]) Grzebinasch a. a. O. S. 81.
[4]) Boethke in DJZ S. 450 ff.
[5]) Vgl. Warneyer's Kommentar zu § 110 BGB OLGRspr. 34|5, Breme im „Recht" 16 S. 436; RGZ 74 S. 234 ff., Wimpfheimer in DJZ 1912 S. 277.

Mit Recht erklärt Riezler:

> „Wenn in der Ueberlassung von Mitteln zu freier Verfügung eine präsumtive stillschweigende Zustimmung zur Verfolgung beliebiger, mit diesen Mitteln zu erreichender Zwecke liegt, dann muss man wohl annehmen, dass es auch keinen Unterschied begründen soll, ob der schliessliche Endzweck durch ein Geschäft oder durch mehrere nach einander geschlossene Geschäfte, deren Gegenstände sich surrogieren, erreicht wird."

Ob nun aber das Weiterverfügungsrecht des Minderjährigen auch im Einzelfall anzunehmen ist, hängt davon ab, ob die Weiterverfügung des Minderjährigen über das mit den überlassenen Mitteln Angeschaffte dem erkennbaren Willen des gesetzlichen Vertreters entspricht[1]). Kauft z. B. ein Minderjähriger, der mit ihm zur freien Verfügung überlassenen Taschengeld ein Lotterielos gekauft und 5000 RM. gewonnen hat, mit dieser Geldsumme ein Auto, so wird man diese Surrogation, als mit dem erkennbaren Willen des gesetzlichen Vertreters in Widerspruch stehend, für unzulässig halten müssen[2]).

D) Die teilweise Erfüllung des vom Minderjährigen abgeschlossenen obligatorischen Vertrags mit überlassenen Mitteln.

Schliesst der Minderjährige einen obligatorischen Vertrag ab, den er unter gleichzeitiger Stundung des Restes der von ihm zu bewirkenden Gegenleistung teilweise mit überlassenen Mitteln erfüllt, so wird man zwar regelmässig wohl nicht zwischen einem über einen bestimmten Teil des Vertragsgegenstandes abgeschlossenen rechtswirksamen Barvertrage und einem ebenfalls bestimmt umgrenzten Kreditgeschäfte unterscheiden können, vielmehr sind diese beiden Teile unselbständige Verpflichtungen eines einzigen Vertrages. Es gibt jedoch Verträge, die auf Teilleistungen gerichtet sind, welche unter sich eine gewisse Selbständigkeit haben. Hierher gehören z. B. die aus einem Mitgliedschaftsrecht des Minderjährigen bei einem rechts- oder nichtrechtsfähigen Vereine entspringenden Verpflichtungen zur Bezahlung regelmässiger Beiträge. In Fällen

[1]) So u. A. Breme a. a. O. S. 436, OLGRspr. 34|5, Planck zu § 110 BGB.
[2]) RGZ 74 S. 234 ff.

der letzteren Art wird von der allgemeinen Meinung[1]) mit Recht angenommen, dass in dem Umfange, in welchem der Minderjährige die Teilleistungen bewirkt, auch das vom Minderjährigen abgeschlossene Rechtsgeschäft gemäss § 110 BGB wirksam wird.

In den erst genannten Fällen, in denen also die einzelnen Verpflichtungen völlig unselbständiger Natur sind, nimmt die überwiegende Meinung[2]) an, dass ein teilweiser Abschluss auf Kredit dem Willen des gesetzlichen Vertreters nur in den seltensten Fällen entsprechen werde, weshalb die vom Minderjährigen abgeschlossenen Verträge in vollem Umfang unwirksam seien.

Dieser Auffassung wird man insoweit recht geben müssen, als bei diesen auf unteilbare Leistungen gerichteten Rechtsgeschäften ein teilweises Wirksamwerden des Vertrags durch Bewirkung der entsprechenden Gegenleistung mit überlassenen Mitteln seitens des Minderjährigen dem Sinn und Zweck des Gesetzes nicht entspricht und zu unhaltbaren Ergebnissen führen würde. Denn kauft z. B. der Minderjährige ein aus 6 Bänden bestehendes Konversationslexikon und bezahlt lediglich ein Drittel des Kaufpreises an, so kann man unmögtich ein Wirksamwerden des Kaufvertrags bezüglich zweier Bände annehmen, bezüglich der andern 4 Bände aber ablehnen, sodass der Minderjährige hinsichtlich dieser 4 Bände, die ohne die anderen 2 Bände bedeutend weniger wert sind, ungerechtfertigt bereichert wäre.

Man wird jedoch die teilweise Erfüllung des vom Minderjährigen abgeschlossenen Rechtsgeschäfts auch von dem Gesichtspunkt des Kreditgeschäfts aus betrachten und prüfen müssen, ob nicht der Minderjährige auf Grund genereller Einwilligung des Vertreters ermächtigt ist, teilweise auf Kredit abzuschliessen, sodass das ganze Rechtsgeschäft als rechtswirksam anzusehen wäre.

Wie wir bereits oben bei Untersuchung der Zulässigkeit des Generalkonsenses ausgeführt haben, ist es nicht angängig, die rechtswirksame Vornahme von Kreditgeschäften durch den Minderjährigen

[1]) Vgl. u. A. RGRKommentar Anm. 3 zu § 110 BGB, Schellwien a.a.O. S. 29.

[2]) Vgl. u. A. Riezler in Staudinger's Kommentar Erl. 3 zu § 110 BGB, RGRKommentar zu § 110 BGB, Hölder Erl. 1 zu § 110 BGB, Dernburg, Bürgerliches Recht 1 § 122 V, Bähr KrVJSchr. 32 S. 195. Auch Biermann, Crome, Endemann, Enneccerus-Nipperdey, Cosack, Garcis, Kohler und Kuhlenbeck lassen den Vertrag des Minderjährigen erst mit der völligen Erfüllung wirksam werden. A. A. Hachenburg a.a.O. S. 455, ferner Neumann a.a.O. 1 S. 99.

deshalb abzulehnen, weil der gesetzliche Vertreter dem Minderjährigen gerade deshalb, weil er Kreditgeschäfte vermieden wissen wolle, Barmittel überlassen habe. Vielmehr wird man auch eine stillschweigende generelle Einwilligung des gesetzlichen Vertreters zu Kreditgeschäften des Minderjährigen, die eine bestimmte, den Umständen und der Lebensstellung entsprechende angemessene Höhe nicht überschreiten, selbst dann für rechtswirksam halten müssen, wenn der Minderjährige mit Mitteln versehen ist.

Wenn man nun aber schon den Abschluss des ganzen Rechtsgeschäfts auf Kredit unter den obigen Voraussetzungen als stillschweigend genehmigt und somit als rechtswirksam anzusehen hat, so muss dasselbe erst recht dann gelten, wenn der Minderjährige den von ihm abgeschlossenen obligatorischen Vertrag zum Teil mit überlassenen Mittel erfüllt.[1]) So wird man z. B. einen Mietsvertrag, den ein minderjähriger Student für das ganze Semester abschliesst, selbst dann für vollwirksam erklären müssen, auch wenn der Minderjährige lediglich einen Teil der Semestermiete vorausbezahlt. Bei teilweiser Kreditierung von Luxusgeschäften des Minderjährigen ist ebenso wie bei völliger Kreditierung derartiger Rechtsgeschäfte der ganze vom Minderjährigen abgeschlossene Vertrag als unwirksam anzusehen.

§ 8.

Zusammenfassung und kurzer Vergleich mit dem ausländischen Recht.

I. Fassen wir die bisher angestellten Betrachtungen zusammen, so kommen wir zu dem Ergebnis, dass die gemäss § 107 BGB erforderliche Einwilligung des gesetzlichen Vertreters zu Rechtsgeschäften des Minderjährigen nicht immer speziell für ein in seinen einzelnen Tatbestandsmerkmalen bestimmtes fertiges Rechtsgeschäft erfolgen muss, dass vielmehr diese Zustimmung auch für einen ganzen Kreis von Rechtsgeschäften generell erteilt werden kann. Und zwar macht es hierbei keinen Unterschied, ob der Minderjährige z. B. zwecks Erlernung eines Berufs vom Wohnsitz seines gesetzlichen Vertreters entfernt ist, oder ob er sich mit diesem am gleichen Orte

[1]) Auf diese Frage ist die einschlägige Literatur nicht eingegangen.

befindet[1]). Auch ist die generelle Einwilligung des Vertreters nicht mit v. Blume[2]) und Eckart[3]) auf Bargeschäfte zu beschränken, vielmehr auch bei Kreditgeschäften für zulässig zu erachten, selbst dann, wenn dem Minderjährigen überlassene Mittel zur Verfügung stehen.

§ 110 BGB stellt diesem allgemeinen Prinzipe gegenüber keine Ausnahme, sondern lediglich einen Anwendungsfall dar, welcher für den Fall der Erfüllung seitens des Minderjährigen eine besondere Untersuchung darüber, ob eine stillschweigende generelle Einwilligung des gesetzlichen Vertreters, wie es bei Kreditgeschäften immer erforderlich ist, entbehrlich macht. Das vom Minderjährigen abgeschlossene Rechtsgeschäft wird daher auch in den Fällen des § 110 BGB für den Fall der Erfüllung seitens des Minderjährigen bereits mit dem Abschluss, nicht erst mit der Erfüllung rechtswirksam. Dies ist für das Widerrufsrecht des gesetzlichen Vertreters bedeutsam. Denn dieser kann, sobald das Rechtsgeschäft, welches der Minderjährige im Rahmen des Generalkonsenses abgeschlossen hat, rechtswirksam zustande gekommen ist, sein Widerrufsrecht nicht mehr ausüben. Schliesst z. B. der minderjährige Student einen Mietsvertrag für das ganze Semester ab, so kann der gesetzliche Vertreter diesen Vertrag nicht deshalb kündigen, weil er das Zimmer zum Studium für ungeeignet hält[4]).

Die Zulassung des Widerrufs der stillschweigend erteilten generellen Einwilligung des gesetzlichen Vertreters, die v. Tuhr[5]) demselben „bis zum letzten Moment" zubilligt, wäre in diesem Fall mit der Verkehrssicherheit unvereinbar.

Mit dem Tode des gesetzlichen Vertreters endet die dem Minderjährigen erteilte schweigende generelle Einwilligung nicht, vielmehr ist analog der Vollmacht eine Fortwirkung auch nach dem Tode des Ermächtigenden anzunehmen, da der Minderjährige, wenn er mit dem Abschluss wichtiger Rechtsgeschäfte bis zur Bestellung

[1]) Cosack machte in früheren Auflagen (vgl. 5. Auflage 1909 S. 188) die Zulässigkeit genereller Einwilligung des Vertreters davon abhängig, dass sich der Minderjährige an einem andern Orte als dem elterlichen Wohnsitz aufhält.

[2]) v. Blume a. a. O. S. 452.

[3]) Eckart a. a. O. S. 39.

[4]) Vgl. Schreiber a a. O. S. 79.

[5]) v. Tuhr a. a. O. II 1 S. 231.

eines neuen gesetzlichen Vertreters warten müsste, schwer geschädigt werden könnte[1])

Was die Anfechtung der vom gesetzlichen Vertreter erteilten Einwilligung anbelangt, so wird man dieselbe sowohl bei Erklärung gegenüber dem Minderjährigen als auch bei einer solchen gegenüber dem Gegenkontrahenten für zulässig erklären müssen[2]). Denn gemäss § 143 BGB ist bei einem einseitigen Rechtsgeschäft, welches einem anderen gegenüber vorzunehmen ist, der andere Anfechtungsgegner. Vorliegendenfalls also sowohl der Minderjährige als auch der Dritte, mit dem sich der Minderjährige vertraglich eingelassen hatte.

Hinsichtlich der Prozessfähigkeit des Minderjährigen ist allgemein anerkannt, dass derselbe in den Fällen der §§ 112 und 113 BGB im Rahmen der erteilten Ermächtigung nicht nur unbeschränkt geschäftsfähig, sondern auch gemäss § 52 CPO prozessfähig ist[3]). Im Gegensatz hierzu erwirbt der Minderjährige durch Erteilung genereller Einwilligung gemäss § 107 BGB bezw. § 110 BGB keine Prozessfähigkeit, da hier die Wirksamkeit des Vertrags nicht auf Gesetz, sondern auf der jederzeit widerruflichen Zustimmung des gesetzlichen Vertreters beruht, die Geschäftsfähigkeit des Minderjährigen aber nicht erweitert wird, was zur Erlangung der Prozessfähigkeit unbedingt erforderlich wäre.

Von Blume[4]) kommt zwar zum gleichen Ergebnis, jedoch mit anderer Begründung. Er erklärt: § 52 CPO knüpfe die Prozessfähigkeit nicht an die Geschäftsfähigkeit; diese sei vielmehr jedem insoweit gegeben, als er sich durch Verträge verpflichten könne. Auch sei gleichgültig, ob die Wirksamkeit der vom Minderjährigen abgeschlossenen Verträge unmittelbar auf Gesetz beruhe, oder aber von der Zustimmung eines Dritten abhänge. Statt jedoch sonach folgerichtig die Prozessfähigkeit in den hier in Frage stehenden Fällen des § 110 BGB und natürlich erst recht bei den im Rahmen des Generalkonsenses vorgenommenen Rechtsgeschäften des Minderjährigen zu bejahen, verneint sie v. Blume, als dem

[1]) So u. A. Dernburg bürgerliches Recht 1 S. 481; a. A. bezüglich der Vollmacht Riezler in Staudinger's Kommentar Anm. 4 zu § 168 BGB, OLGRspr. 10 S. 67.

[2]) Vgl. Enneccerus-Nipperdey § 190.

[3]) Vgl. Stein-Jonas zu § 52 CPO.

[4]) Vgl. v. Blume a. a. O. S. 452.

Sinn des § 52 CPO nicht entsprechend, welcher eine Altersreife zu selbständigem Entschlusse verlange. Das Verlangen einer Altersreife steht jedoch in Widerspruch mit seinen obigen Ausführungen. Denn, wenn es gleichgültig ist, ob die Rechtswirksamkeit des Vertrags unmittelbar auf Gesetz beruht, oder von der Zustimmung eines Dritten abhängt, kann es auch nicht auf die Altersreife zu selbständiger Entschlussfähigkeit ankommen, da diese ja im Falle der Zustimmung zu Rechtsgeschäften des Minderjährigen fast immer fehlen wird.

II. Mit der hier für das Deutsche Recht vertretenen Auffassung der Zulässigkeit genereller Einwilligung steht auch die Gesetzgebung verschiedener ausländischer Staaten im Einklang. Das englische Recht[1]), welches die Volljährigkeit ebenfalls mit dem einundzwanzigsten Lebensjahre eintreten lässt, erklärt den Minderjährigen (infant) für unfähig, einen legal act vorzunehmen. Insbesondere kann er keine Grundstücke veräussern oder erwerben, ferner keine bindendenden contracts eingehen, ausser, wenn sie für ihn vorteilhaft sind (manifestly for his benefit). Als vorteilhaft gelten allgemein die Geschäfte des täglichen Lebens, die Verträge über „things necessaries“ (z. B. meat, drink, apparel, physic, schooling, necessaries for wife and child), bei welchen im Einfall auf das Alter und die tatsächliche Lage des Minderjährigen abzustellen ist. Auch haftet der infant nach equity für Darlehen, welche zum Zwecke der Beschaffung von necessaries aufgenommen worden sind, selbst dann, wenn das Geld anderweitig verwendet worden ist (Earl v. Peale 1712).

Den gleichen Gedanken verfolgt das russische Zivilgesetzbuch, welches die Volljährigkeit mit Zurücklegung des achtzehnten Lebensjahres eintreten lässt, in Art. 505[2]).

Nach französischem Zivilrecht tritt die Volljährigkeit nach Zurücklegung des einundzwanzigsten Lebensjahres ein (vgl. Art. 388). Bis zur Volljährigkeit steht der Minderjährige unter elterlicher bezw. vormundschaftlicher Gewalt. Eine Volljährigkeitserklärung i. S. des § 3 BGB ist dem code civil fremd. Er hat dieselbe durch die

[1]) Vgl. § 2 der Sale of goods act von 1893 (56 und 57), Kohler-Holzendorf Enzyklopädie Bd. 2 S. 304.

[2]) Vgl. Rosenhain a. a. O. S. 102.

sogenannte Emanzipation [1]) (Entlassung aus der väterlichen bezw. vormundschaftlichen Gewalt) ersetzt. Die Emanzipation verschafft dem Minderjährigen die Fähigkeit zu selbständiger einfacher Vermögensverwaltung [2]).

Der nicht gewaltentlassene Minderjährige kann lediglich durch seinen gesetzlichen Vertreter (représentant legal Art. 360) handeln. Er selbst ist incapable représenté und kann im Gegensatz zum Verschwender und der Ehefrau die lediglich incapable assisté bezw. autorisé sind, nicht selbst Rechtsgeschäfte abschliessen (einzelne bestimmte Rechtsakte sind ausgenommen) [3]).

Hat der Minderjährige selbst Rechtshandlungen vorgenommen, so können dieselben lediglich gemäss Art. 1338 Cc durch Bestätigung Wirksamkeit erlangen. Soweit eine derartige Heilung der vom Minderjährigen selbst vorgenommenen Rechtsgeschäfte nicht erfolgt, sind dieselben vom Minderjährigen, nicht jedoch von Dritter Seite aus, mit der Reszisionsklage vernichtbar, falls eine Läsion vorliegt.

In ähnlichem Sinne hat das italienische Recht die Stellung des Minderjährigen geregelt. Nach Art. 277 des italienischen Zivilgesetzbuches trägt der Vormund Sorge für die Person des Minderjährigen [4]) und vertritt diesen in allen bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten. Der gesetzliche Vertreter unterliegt bei Vornahme einzelner Rechtsgeschäfte, wie Beitreibung von Kapitalien, Hypothekenbestellung etc. gewissen Beschränkungen. So bedarf der Vater gemäss Art. 225 des italienischen Zivilgesetzbuchs der Ermächtigung

[1]) Die Emanzipation tritt gemäss Art. 476 Cc kraft Gesetzes mit der Verheiratung ein. Hat der Minderjährige das fünfzehnte Lebensjahr vollendet, so kann der Inhaber der elterlichen Gewalt aus eigener Machtvollkommenheit die Emanzipation zu Protokoll des Friedensrichters erklären. Weiter steht dem Familienrat das Recht zu, den Minderjährigen, der das achtzehnte Lebensjahr vollendet hat, durch Beschluss aus der Gewalt zu entlassen Vgl. Zachariä a. a. O. I S. 155.

[2]) Vgl. Crome a. a. O. S. 125, Heinsheimer a. a. O. S. 134.

[3]) Schenkungen kann der Minderjährige keinesfalls vornehmen. Letztwillige Verfügungen kann er nur dann rechtswirksam anordnen, wenn er das sechzehnte Lebensjahr zurückgelegt hat, und zwar nur über die Hälfte des disponiblen Nachlasses (vgl. Art. 903 Cc). Vgl. hierzu Zachariä a. a. O. IV S. 230 ff. und Crome a. a. O. S. 278. Stabel a. a. O. S. 319 ff., Bauerband a a. O. S. 102.

[4]) Die Volljährigkeit tritt nach Art. 323 des ital. Zivilgesetzbuchs mit Vollendung des einundzwanzigsten Lebensjahres ein.

des Prätors, der Vormund gemäss Art. 296 der Ermächtigung des Familienrats. Diese Ermächtigung kann nicht allgemein erteilt werden, sondern muss nach Art. 297 des italienischen Zivilgesetzbuchs für jede Handlung besonders erteilt werden.

Das bürgerliche Gesetzbuch Lettlands bestimmt in § 353:

> „Der Pupill hat keinen rechtlichen Willen, er muss daher in allen ihn betreffenden Rechtsangelegenheiten von dem Vormunde vertreten werden, welcher sowohl berechtigt, als auch verpflichtet ist, für ihn und an seiner Stelle zu handeln."

Die von den Pupillen ohne Zuziehung des Vormunds abgeschlossenen Rechtsgeschäfte sind gemäss Art. 355 BGB dann gültig, wenn sie dem Pupillen zum offenbaren Vorteil gereichen. Die übrigen Rechtsgeschäfte können gemäss Art. 354 BGB nachträglich genehmigt werden. Durch ausdrückliche Anerkennung der aus den getätigten Rechtsgeschäften entspringenden Verbindlichkeiten kann der Minderjährige nach Eintritt der Volljährigkeit[1]) gemäss Art. 356 diesen Rechtsgeschäften ebenfalls Rechtswirksamkeit verliehen.

Nach den österreichischen ABGB (§ 21) tritt die Volljährigkeit wie nach dem BGB mit Vollendung des einundzwanzigsten Lebensjahres ein; ebenso sind Personen bis zum siebten Lebensjahre (Kindesalter) völlig handlungsunfähig. Die Unmündigkeit endet mit Vollendung des vierzehnten Lebensjahres. Unmündige, die das Kindesalter zurückgelegt haben, können gemäss § 310 ABGB Besitz, sowie Rechte gemäss § 865 ABGB erwerben; dagegen können sie grundsätzlich keine Verbindlichkeiten übernehmen.

Die mündigen Minderjährigen können ohne Mitwirkung des Vertreters selbständig Dienst- und Arbeitsverhältnisse rechtswirksam eingehen, sodass der Vertreter den Minderjährigen ohne wichtige Ursache nicht vor der gesetz- oder vertragsmässigen Frist zurückrufen kann (vgl. § 246 ABGB)[2]).

Ueber das durch seinen Fleiss Erworbene sowie über die nach erreichter Mündigkeit zu seinem Gebrauch überlassenen Ge-

---

[1]) Der Minderjährige wird nach lettischem Recht (Art. 269 BGB) mit Vollendung des einundzwanzigsten Lebensjahres volljährig.

[2]) Vgl. hierzu Ehrenzweig a.a.O. § 71, Pfaff a.a.O. zu § 246 ABGB, Schey a.a.O. zu § 246 ABGB.

genstände kann der Minderjährige frei verfügen (§ 151 ABGB) und sich selbständig verpflichten (§ 246 ABGB)[1]).

Gemäss § 247 ABGB kann die Obervormundschaft dem Minderjährigen nach Zurücklegung des achtzehnten Lebensjahres den reinen Ueberschuss seiner Einkünfte zur eigenen freien Verfügung überlassen. Ueber den seiner eigenen Verwaltung anvertrauten Betrag kann er eigenmächtig Verpflichtungen eingehen[2]).

Der Minderjährige ist gemäss § 2 CPO zur Führung von Rechtsstreitigkeiten, die dasjenige zum Gegenstand haben, über das er nach den §§ 151, 246, 247 ABGB frei verfügen darf, ohne Mitwirkung des Vertreters berechtigt.

Zur Eingehung anderer als der oben erwähnten Verpflichtungen bedarf der unter väterlicher Gewalt stehende Minderjährige gemäss § 152 und § 865 ABGB der Einwilligung seines Vertreters bezw. des Gerichts. Diese Einwilligung kann, wie das Gesetz besonders hervorhebt, sowohl durch ausdrückliche, als auch durch stillschweigende Erklärung erfolgen.

Aus diesem Wortlaut des Gesetzes sowie der im Gegensatz zum deutschen bürgerlichen Recht viel freieren Stellung des Minderjährigen geht hervor, dass die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters nicht für ein einzelnes bestimmtes Rechtsgeschäft des Minderjährigen erfolgen muss, sondern dass sie auch generell für einen ganzen Kreis von Rechtsgeschäften des Minderjährigen erteilt werden kann. Die einschlägige Literatur hat deshalb auch zu der Frage des Generalkonsenses überhaupt keine Stellung genommen.

Die gleichen Bestimmungen gelten auch für die Tschechoslovakei[3]).

Das schweizerische Zivilgesetzbuch, das die Mündigkeit an die Zurücklegung des zwanzigsten Lebensjahres knüpft (Art. 14), bestimmt in Art. 19:

---

[1]) Vgl. die eingehenden Ausführungen von Stubenrauch a. a. O. Anm. 4 und 5 zu den §§ 151 bis 153 ABGB und zu § 246 ABGB, Pfaff a. a. O. zu § 151 und zu § 246 ABGB, Kirchstetter a. a. O. zu § 151 ABGB.

[2]) Nach der herrschenden Meinung ist die Bestimmung des § 247 ABGB auch auf die unter väterlicher Gewalt stehenden Minderjährigen anwendbar, sofern sie das achtzehnte Lebensjahr vollendet haben. Vgl. hierzu Stubenrauch a. a. O. zu § 153 Anm. 6 ABGB.

[3]) Vgl. hierzu Mayr a. a. O. zu den §§ 151, 246, 247, 865 des ABGB des tschechoslovakischen Staates.

„Urteilsfähige unmündige oder entmündigte Personen können sich nur mit Zustimmung ihrer gesetzlichen Vertreter verpflichten.

Ohne diese Zustimmung vermögen sie Vorteile zu erlangen, die unentgeltlich sind, und Rechte auszuüben, die ihnen um ihrer Persönlichkeit willen zustehen".

Ebenso wie nach deutschem bürgerlichen Recht kann der gesetzliche Vertreter die in Frage stehenden Handlungen entweder selbst, evtl. unter Mitwirkung der vormundschaftlichen Behörden (vgl. Art. 282, 421 ff des schweiz. Zivilgesetzbuchs) vornehmen, oder aber kann der Minderjährige unter Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters handeln. Diese Mitwirkung des Vertreters ist sowohl als vorausgehende, somit als Einwilligung, als auch als nachträgliche, also Genehmigung möglich. Nicht erforderlich ist, dass sie für einzelne, in ihren bestimmenden Tatbestandsmerkmalen feststehende Handlungen des Minderjährigen erfolgt, vielmehr ist sie auch generell für einen ganzen Kreis übersehbarer, insbesondere durch ihren Zweck umgrenzter Geschäfte zulässig. (Vgl. die Art. 280, 410 ff des schweiz. Zivilgesetzbuchs)[1]).

---

[1]) Vgl. u. A. Egger a. a. O. zu Art. 19 II 3 b, und Curti-Forrer, Erl. 5 zu Art. 19.

Lebenslauf.

Am 15. September 1905 bin ich als Sohn des Operpostinspektors David Schwarz und seiner Ehefrau Marie, geb. Wagner in Stuttgart geboren.

Nachdem ich im Frühjahr 1923 am Realgymnasium in Stuttgart die Reifeprüfung bestanden hatte, studierte ich in Tübingen und München Rechtswissenschaft und bestand im Frühjahr 1928 die erste höhere Justizdienstprüfung.

Am 7. November 1931 bestand ich in Tübingen das Rigorosum.